

MARGO MATTES SANTA LUCIA

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS
DOS PRESOS

CURITIBA
2002

MARGO MATTES SANTA LUCIA

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS
DOS PRESOS

Monografia apresentada ao curso de
graduação em DIREITO, setro de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná,
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito

Orientador Prof. Dr. Alvacyr Alfredo Nicz

CURITIBA
2002

TERMO DE APROVAÇÃO

MARGO MATTES SANTA LUCIA

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS

Monografia aprovada como requisito para a obtenção do grau de Bacharelado, no curso de graduação em Direito, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: Prof. Dr. ALVACYR ALFREDO NICZ

Prof^a. Vera Karam de Oliveira Chaueiri

Prof. Eliseu de Moraes Corrêa

SUMÁRIO

I - INTRODUÇÃO	01 a 03
II – DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	
1. <i>Teoria dos direitos fundamentais</i>	04 a 07
2. <i>A classificação dos direitos fundamentais</i>	07 a 14
3. <i>Conceito de Direitos Humanos</i>	14 a 16
4. <i>Direitos Humanos e direitos fundamentais : qual a diferença?</i>	16 a 18
5. <i>A dignidade da pessoa humana e sua consagração constitucional</i>	18 a 23
6. <i>O mínimo de proteção social do Estado de Direito</i>	23 a 24
III – A PENA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
1. <i>A pena : resultado do ilícito penal</i>	25 a 27
2. <i>Finalidades da pena</i>	27 a 30
3. <i>Metas formais conflitantes</i>	30 a 31
4. <i>Estado Democrático de Direito</i>	31 a 33
5. <i>Dignidade humana e pena</i>	33 a 34
IV - A CONSTITUIÇÃO, O PRESO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	
1. <i>O preso</i>	35 a 37
2. <i>Os princípios constitucionais referentes execução da pena</i>	37 a 40
3. <i>O Sistema</i>	40 a 42
V - A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS	
1. <i>A realidade carcerária brasileira</i>	43 a 46
2. <i>Superlotação</i>	46 a 49
3. <i>As condições insalubres : a falta de assistência médica e a ausência de condições mínimas de saúde e de higiene</i>	50 a 51
4. <i>Integridade física e moral : A violação aos direitos dos apenados e familiares por parte de agentes penitenciários</i>	52 a 56
5. <i>A Reforma Penitenciária</i>	56 a 60
VI – CONCLUSÃO	61 a 65
VII - BIBLIOGRAFIA	66 a 67

“O penitenciário sustenta uma moralidade avessa àquela que, socialmente, é reconhecida pelos cidadãos e tida como desejável para orientar a vida em liberdade. Assim, se os cidadãos imaginam que a disciplina seja um valor formado pelo autocontrole e pela dedicação autônoma, no mundo prisional a disciplina é concebida como realidade da imposição de regras, por mais humilhantes ou absurdas que sejam. O preso ‘disciplinado’, então, não é aquele que alcançou o autocontrole, mas aquele que, submetendo-se, revela-se dócil e manipulável. A solidariedade, por certo, é um valor que todos estimam. Nas prisões, entretanto, o preso solidário com seus companheiros deve ser punido. Merecedor da confiança do sistema é preso que delata. A coragem e a altivez, virtudes respeitadas por todas as civilizações, são sinônimos de mau comportamento nas prisões e assim sucessivamente”¹

¹ ROLIM, Marcos Dos labirintos, p. 32

RESUMO

Os direitos fundamentais, protegidos pela nossa carta magna, a Constituição, são para todos, “... sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”. Os Direitos Humanos, visam a proteção dos valores mais preciosos da pessoa humana, - a solidariedade, a igualdade, a fraternidade, a liberdade, a dignidade.

Apesar dos presos terem violado o ordenamento legal, a condenação à pena privativa de liberdade, (cabe ressaltar que muitos presos nem foram condenados ainda, e estão aguardando o seu julgamento em estabelecimento carcerário), como já diz, apenas restringe-os de usufruir do seu direito de ir e vir, de liberdade, mas nem ao de liberdade por completo, pois a sua liberdade de pensamento, de convicção, intelectual e emocional não pode ser privada.

A existência de um sistema jurídico responsável pelo julgamento e penalização dos violadores da lei, através de sanções legais, que são impostas para que durante o cumprimento destas, o violador reflita sobre os atos que cometeu e se redima. Mas ao contrário, o tratamento que ele encontra na penitenciária é rude, com a constante violação de sua integridade física e moral, ele não vê o seus direitos à saúde, alimentação e condições de higiene serem respeitados, as celas são minúsculas, havendo a superlotação.

São constantes estes atos de desrespeito aos direitos humanos, com uma flagrante violação dos direitos fundamentais, principalmente do princípio de dignidade humana, deve haver uma valorização da pessoa humana do preso.

I - INTRODUÇÃO

Em decorrência da Segunda Guerra Mundial e com o intuito de proteger os seres humanos das atrocidades do Holocausto e das barbaridades cometidas pelos nazistas contra os judeus, na Alemanha, que surgiram as mais profundas preocupações no que pertine à proteção internacional dos Direitos Humanos. Preocupações, estas, que consistiam em afirmar que a soberania estatal encontra-se limitada pelo respeito aos Direitos Humanos.

Foi a Carta das Nações Unidas de 1945 que internacionalizou os Direitos Humanos. Apesar de conter, em seu texto, normas que determinavam a importância de se defender, promover e respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, ela não definiu o conteúdo dessas expressões, que só vieram a ser definidas, com precisão com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

Em segundo lugar, emerge a consideração da pessoa humana como um conceito dotado de universalidade.

A realização da justiça social depende, sobretudo, da eficácia dos direitos amparados pela Constituição Federal e pela legislação, dela decorrente, no âmbito social. O Direito não se realiza por si só. Depende de sua aplicação aos fatos sociais, econômicos, políticos e culturais, o que podemos confirmar observando que, ao mudarmos de meio, de sociedade, de século ou de cultura notamos a existência de idéias de direito próprias daqueles contextos e aceitas de forma expressa ou, pelo menos, tacitamente admitidas por aquela sociedade.

O grau de irracionalidade das práticas dos aparelhos repressivos do Estado coloca em dúvida nosso processo civilizatório.¹ E, os problemas

¹ Para Eugenio Raul Zaffaroni, em sua obra : Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal, p. 123/125 “a atuação de nosso sistemas penais caracteriza um genocídio em andamento” dado ao fato de que o “genocídio colonialista e neocolonialista, em

insolúveis da execução da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado revela realidade cuja simples observação eventual faz transparecer os mais fortes traços do medievalismo: barbárie, irracionalismo, desregulamentação, inexistência de garantias, intolerância, genocídio.

O discurso disciplinar absorvido pela legislação penitenciária em nada se coaduna com a vivência cotidiana das instituições carcerárias. Ao contrário, a realidade prisional revela que os espaços de poder existentes não poderiam ser chamados de espaços disciplinares.

A superpopulação dos estabelecimentos carcerários, a alimentação deficiente, a situação precária das instalações, falta de organização, pessoal técnico despreparado, a falta de orçamento, o desrespeito à integridade física e moral, a falta de assistência médica, a falta de condições de higiene, todos esses fatores transformam o cárcere em um castigo desumano.

O caminho para a justiça é ainda mais longo se compreendermos a necessidade de construirmos um mundo com pessoas livres e racionais, admitindo uma condição de igualdade ampla, irrestrita, 'libertando' os oprimidos dos dominadores que, uma vez conscientes, irão se sentir oprimidos por dominar, por sua completa ignorância do valor liberdade. Esta liberdade abrange não só a plena eficácia dos direitos fundamentais, assegurados judicialmente, mas também a concepção do bem, do justo, do moral e do mínimo ético.

O Constituinte de 1988, à guisa de fundamento da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, retratando o reconhecimento de que o indivíduo há de constituir o objetivo primacial da ordem jurídica, o que traduz a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou ainda a privá-lo dos meios necessários à sua manutenção.

O sistema prisional, por sua realidade, é denunciado como um fracasso desde 1820, pois até então não conseguiu cumprir a primordial função de

reeducar ou preparar o condenado para a volta ao convívio na sociedade. Somente a partir da década de noventa que surgem dados concretos e confiáveis sobre a realidade carcerária. Como resultado da pesquisa realizada, análises descritivas, desenvolvidas por investigadores e ONGs, se reflete a necessidade histórica de denunciar a série de violações aos direitos fundamentais dos presos.

II – DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Teoria dos direitos fundamentais

A positivação dos direitos fundamentais ² ganhou concreção a partir da revolução francesa de 1789, onde era consignada de forma precisa a proclamação da liberdade, da igualdade, da propriedade e das garantias individuais liberais. Dessarte, a revolução francesa ganhou caráter universal e conforme bem salienta o professor Dalmo de Abreu Dallari ³ não restam dúvidas que a influência dessa revolução na vida constitucional (tanto no ocidente como no oriente) representou um considerável progresso na história da asseveração dos valores fundamentais da pessoa humana. No entanto, pondera Dallari ⁴ sendo ela um produto do século XVIII, por evidente que seja, seu cunho é nitidamente individualista, subordinando a vida social ao indivíduo e arrogando ao Estado a finalidade de preservação dos direitos individuais

Para Michel Miaile o direito natural identifica-se com o *direito natural de combate*, o que explica, nas palavras de Marx Weber como sendo

"a forma específica da legitimidade de uma ordem criada por via revolucionária. A invocação de direito natural foi sempre a forma através da qual as classe se revoltaram contra a ordem estabelecida, conferiram legitimidade à sua reivindicação de criar direito, na medida em que se não apoiassem em revelações e normas positivas religiosas".

² O Professor Paulo Bonavides (Curso de direito constitucional, 1999), suscitando a doutrina de Konrad Hesse, observa que os "direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais".

³ DALLARI, Dalmo de Abreu .*Elementos de teoria geral do estado.* , 1998. p. 215.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu *Elementos de teoria geral do estado.* , 1998. p. 205.

É importante observarmos que os direitos difusos caracterizam-se por: possuírem sujeitos indetermináveis e ligados por uma relação jurídica fática comum, possuem objeto indivisível, intensa conflituosidade e elevado grau de organização, diferenciando-se dos direitos coletivos, estes possuindo sujeitos determináveis ou determinados, objeto indivisível, relação jurídica base e graus de conflituosidade e de organização médios. Já os direitos sociais, como dissemos, direitos humanos de segunda geração, reúnem as características dos direitos difusos e dos coletivos e são típicos da classe trabalhadora.

Os cientistas do direito buscaram descobrir ao longo dos tempos a verdadeira teoria da justiça e alguns, dentre eles Hans Kelsen, empenharam-se em purificar o Direito de todas as influências externas na busca de uma *Ciência Pura do Direito*. Este estudo direcionado da ciência jurídica, abstraído dos outros fatores, leva a uma noção dos conceitos e das teorias não questionador de suas causas mediatas e pode levar o cientista a uma conclusão incorreta, muito embora a delimitação do campo de atuação dos cientistas jurídicos seja de grande valia utilitarista, mas não comporta os questionamentos sobre a aplicação prática e busca de resultados efetivos no campo de atuação. Não reconhece, tão pouco, a influência direta dos outros fatores na transformação do direito e o *feedback* deste com os outros fatores.

A própria evolução dos Direitos Humanos encarregou-se de superar a ambigüidade oferecida pelo conceito de natureza humana, ou seja, da tradição jusnaturalista. Como asseverou Hannah Arendt, os humanos não nascem iguais, nem são criados igualmente por conta da natureza. Somente a construção artificial (de artifício humano) de um sentido igualitário atribuído aos seres humanos, então considerados portadores de direitos, pode, efetivamente, afirmar a igualdade ou renovar a sua busca. De tal sorte que se tem contemporaneamente os Direitos Humanos como produto de conquistas sociais e históricas, através das lutas pela afirmação de direitos. Outrossim, atesta Norberto Bobbio⁵ que os direitos naturais são, na verdade, direitos históricos. O elemento da historicidade

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. P. 79

é de suma importância na evolução dos mesmos consoante os carecimentos e interesses da sociedade, as transformações técnicas e as classes que estejam no poder.

Canotilho⁶ diz que "muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os **direitos de personalidade** abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida), à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa".

Necessário também se faz abordarmos os direitos fundamentais formalmente constitucionais e os direitos fundamentais sem assento constitucional.

Assim, Canotilho⁷ afirma que "os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, **direitos fundamentais formalmente constitucionais**, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite (...), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma forma constitucional, estes direitos são chamados **direitos materialmente fundamentais**".

Necessário também se faz lembrar que os direitos fundamentais cumprem o que Canotilho⁸ chama de as *funções dos direitos fundamentais*, quais sejam: *função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação*.

No Brasil, em face na nova concepção acerca dos direitos fundamentais, anteriormente mencionada, foi também incorporada às

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes Ob. cit. p. 372.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes Ob. cit. p. 379.

⁸ Ob. cit. p. 383:386.

Constituições Brasileiras, de modo que dentro do Direito Constitucional Positivo a Constituição elenca os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Os Direitos Fundamentais almejam, consoante Paulo Bonavides, *"criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana"*⁹ Consistem os mesmos naqueles direitos que expressam e contêm as condições básicas da pessoa humana, ou seja, qualquer indivíduo, *de per si*, é portador de tais direitos, o que fundamentalmente implica numa distinção entre os conceitos de "pessoa humana" e "cidadão".

2. A classificação dos direitos fundamentais

No século XX o direito natural que possuía origem metafísica ou racionalista adquire nova roupagem e podemos distinguir três gerações de direitos humanos visando sempre afirmar novo regime e como bandeiras ideológicas delimitadas como:

- a) ***primeira geração***, os **direitos civis e políticos**, com o valor liberdade, na luta da burguesia para a instauração dos Direitos do Homem, exemplificados pelos direitos de ir e vir, de pensamento, de locomoção, de reunião, voto, filiação partidária, crença e os demais;
- b) ***segunda geração***, os **direitos econômicos, sociais e culturais**, com o valor igualdade, resultado das conquistas necessárias para a implementação dos valores de primeira geração ; quanto a esses direitos de segunda geração, salienta Bonavides *verbis*:

"... atravessaram, a seguir uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte,

os direitos da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma”¹⁰

c) terceira geração, com o valor solidariedade, visando a implementação dos **direitos dos povos** ou direitos coletivos, que surgiu no período do pós-guerra do século XX e exemplificamos pelos direitos ao meio ambiente sadio, à paz, à independência, ao patrimônio genético intocável, ao desenvolvimento, autonomia e cultura dos povos, à informação e outros que surgem¹¹. O mundo atual se encontra dividido em blocos muito distintos. Diríamos três blocos, especificamente. Enfatizando, um primeiro bloco representa os países desenvolvidos; num segundo bloco colocaríamos os países em busca de desenvolvimento e, por fim, representando o que seria um terceiro bloco, os países subdesenvolvidos.

Esta geração de Direitos Humanos que prossegue e atua ligando as duas séries anteriores, oferecendo aos povos uma base concreta para a legitimação de suas demandas por justiça: são os direitos que têm como titular não o indivíduo, mas grupos humanos (família, povo, nação, coletividade regional ou étnica) a própria humanidade. É irrefragável a demanda do contexto histórico no advento de uma terceira geração de direitos. *"A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos (humanos) fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos"*¹². A autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento, à paz ao meio ambiente, inserem-se nessa terceira geração

⁹ BONAVIDES, Paulo, Op. Cit, p. 514.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo, ob. Cit. p. 518

¹¹ Ib. idem

¹² BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 522

Dividindo desse modo, torna-se mais fácil a percepção da desigualdade existente entre as nações. Guerras acontecem nesse dado momento que nem sabemos existir. Milhares de pessoas morrem todos os dias, vitimadas por guerras, doenças, pobreza, fome etc., sem que levemos isso em consideração, ou o que é pior, sem que ao menos nos tornem fato conhecido.

Os países desenvolvidos, com suas tecnologias de ponta, ameaçam – aguçando o pessimismo, quiçá o realismo – até a existência da própria humanidade. É diante desse quadro que tem lugar, que surgem os direitos de terceira geração (fraternidade ou solidariedade). São identificados como sendo o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação¹³.

Salienta o prof. Bonavides¹⁴ *"globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social"*.

d) ***direitos da quarta geração***, consistem no direito à democracia, direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a materialização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo quedar-se no plano de todas as afinidades e relações de coexistência.

Enquanto direito de quarta geração, a democracia positivada há de ser, necessariamente, uma democracia direta, que se torna a cada dia mais possível, graças aos avanços tecnológicos dos meios de comunicação, e sustentada legitimamente pela informação correta e aberturas pluralistas do sistema¹⁵

Enfatiza, ainda, o ilustre Prof. Paulo Bonavides *"os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política"*¹⁶.

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 523, nota 10.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p523-526.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 525, nota 10

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p 526

Desde o seu reconhecimento, os direitos fundamentais passaram por alterações, relativas a conteúdo, à titularidade, eficácia e efetivação. Ingo Wolfgang, ressalta *“nesse contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direito, havendo quem defenda a existência de uma Quarta”*.¹⁷

Ingo, ainda aduz a respeito da crítica quanto a terminologia “gerações”, o que pode ensejar a substituição gradativa de uma pela outra, não se encontrando em permanente expansão, cumulação e fortalecimento, o que faz com que muitos prefiram a denominação dimensões, inclusive ele. Não se pode negar que o reconhecimento dos novos direitos foi progressivo, mas com um caráter cumulativo, de complementaridade, e não de alternância.¹⁸

Crescente é, a convergência de opiniões no que diz respeito à idéia de concepção de quatro dimensões dos direitos fundamentais, que no constante evoluir da história teve seu reconhecimento formal nas primeiras constituições, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de diversas posições jurídicas, com um conteúdo tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. De forma que, a teoria das dimensões ressalte o caráter cumulativo e evolutivo e principalmente a natureza complementar dos direitos fundamentais.¹⁹

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, possuem um cunho individualista, tendo seu reconhecimento já no constitucionalismo francês do século XVIII²⁰, afirmando-se os direitos do indivíduo diante do Estado, especificando-se nos direitos de defesa, a demarcação da zona de não intervenção do Estado na esfera de direitos do indivíduo, “direitos de resistência ou de

¹⁷ SARLET, Ingo wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. P.47

¹⁸ No âmbito do direito brasileiro, foi talvez Paulo Bonavides, em seu livro Curso de Direito Constitucional, p.525, quem primeiro fez alusão a esta imprecisão terminológica.

¹⁹ Em seu livro Eficácia dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet, p. 47, expressa bem a importância da denominação dimensões e não gerações para os direitos fundamentais.

²⁰ Os direitos fundamentais de primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séc. XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual, finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental.

oposição perante o Estado”²¹, são **direitos de cunho negativo**, direcionados a abstenção, e não uma conduta positiva dos órgãos do Estado, destacando-se **os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei**.

Com a evolução da industrialização, surgiram os graves problemas sociais e econômicos, surgindo também os **direitos fundamentais de Segunda dimensão**, no século XIX, o que resultou em diversos movimentos de reivindicação de reconhecimento por parte do Estado, solicitando uma conduta ativa por parte deste, para a realização da justiça social, possuem uma **dimensão positiva**. Caracterizam-se por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistencial social, saúde, educação, trabalho etc. Estão vinculados a igualdade, num sentido material. Os direitos trabalhistas, como a garantia de um salário mínimo, gozo de férias e todos os outros, se encontram entre os mais importantes e representativos, a Segunda dimensão abrange, então, os direitos de cunho prestacional, inobstante o cunho positivo.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão também podem ser chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, se destacam pelo fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

A nota distintiva reside basicamente aí, na coletividade, na titularidade coletiva, pode ser considerados uma resposta ao fenômeno denominado de poluição das liberdades, que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias, e da destruição do meio ambiente.²²

Ainda no que tange a problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais, é de se referir a tendência de reconhecer a existência de **uma Quarta dimensão**, que ainda aguarda a sua consagração internacional e das ordens constitucionais internas²³. Esta é resultado da globalização dos direitos

²¹ Formulação de Paulo Bonavides, ob. Cit. p. 517.

²² SARLET, Ingo Wolfgang, op. Cit. p. 51.

²³ BONAVIDES, Paulo, ilustra a existência de uma Quarta dimensão de direitos fundamentais.

fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que para Paulo Bonavides corresponde a uma derradeira fase de institucionalização do Estado Social.²⁴

Os direitos fundamentais podem também ser estudados com projeções multidimensionais, sendo essa uma característica do modelo epistemológico proposto por Robert Alexy ²⁵. O referido modelo é tridimensional, podendo ser visto como uma tentativa de conciliar três das principais correntes do pensamento jurídico, a saber, o positivismo normativista, o positivismo sociológico ou realismo, e o jusnaturalismo ²⁶.

Dessa forma, temos (a) "dimensão analítica", (b) "dimensão empírica" e (c) "dimensão normativa".

A primeira dimensão em que os estudos jurídicos devem ser realizados, é a *dimensão analítica*, donde se tem um aperfeiçoamento conceitual a ser utilizado na investigação, num trabalho de diferenciação entre as várias figuras e institutos jurídicos localizados em nossa área de estudo.

Na segunda dimensão, denominada *empírica*, toma-se como instrumento de estudo, amostras palpáveis do direito, ou seja, como determinadas manifestações concretas do direito, tal como se apresentam nas leis, normas do gênero e principalmente na jurisprudência.

Por fim, a terceira dimensão que se denomina *normativa*, segundo a doutrina do eminente professor Willis S. Guerra Filho ²⁷ é aquela "em que a teoria assume o papel prático e deontológico que lhe está reservado, no campo do direito, tornando-se o que com maior propriedade se chamaria doutrina, por ser uma manifestação de poder, apoiada em um saber, com o compromisso de complementar e ampliar, de modo compatível com suas matrizes ideológicas, a ordem jurídica estudada".

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang op. Cit. p. 53.

²⁵ ALEXY, Robert. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 4-7.

²⁶ *Ib . idem*

²⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*, in *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997, p. 11-12.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Penitenciarismo en el Mercosul: politica criminal y penitenciaria del Brasil*, p. 93

E o mesmo professor ²⁸sustenta que falar em *dimensões* é melhor do que *gerações* de direitos fundamentais, onde "não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas".

É que os direitos gestados numa geração ganham outra dimensão com o surgimento de uma geração sucessiva. Dessa forma, os direitos da geração posterior se transformam em pressupostos para a compreensão e realização dos direitos da geração anterior. Como bem exemplificado pelo lúcido professor cearense ²⁹ temos que "o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental".

Fábio Konder Comparato, aponta as profundas contradições que marcaram a temática dos Direitos Humanos ao longo do presente século, *in verbis*: "*De um lado, o Estado de Bem-Estar Social do segundo pós-guerra pareceu concretizar, definitivamente, o ideal socialista de uma igualdade básica de condições de vida para todos os homens. De outro lado, no entanto, a vaga neoliberal deste fim de século demonstrou quão precário é o princípio da solidariedade social, base dos chamados direitos humanos da segunda geração, diante do ressurgimento universal dos ideais individualistas*"³⁰

Analisamos a evolução dos direitos fundamentais nas últimas gerações baseados nos valores liberdade, passando para os valores econômicos, sociais e culturais, até o valor solidariedade que visa amparar interesses relativos a toda a comunidade. Além da necessidade de se partir para uma análise mais ampla destas implicações, sem neutralidades absolutas, o estudioso da teoria da justiça precisa estar convicto de sua função transformadora e recriadora do Direito, fazendo uma eterna comunicação dialética, um ir e vir de comportamentos levando a soluções cada vez mais justas.

²⁸ Ib. Idem, ob. Cit p. 93

²⁹ BONAVIDES, Paulo ob. Cit. p.13),

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos Direitos Humanos

Necessário portanto que o estudioso do Direito possua uma visão crítica e abrangente, não se limitando ao estudo normativista puro e socorrendo-se dos subsídios sociais, políticos, econômicos e culturais, estudados no tempo e no espaço de forma ilimitada, assumindo a função recriadora do Direito na sociedade.

3. Conceito de Direitos Humanos

A preocupação com a proteção à integridade da pessoa humana remonta de muitos e muitos séculos e faz parte da própria natureza humana, que busca o reconhecimento de suas necessidades em prol de uma sociedade que garanta uma distribuição igualitária e justa. Não se pode vincular algo que faz parte da natureza humana com as determinações da lei, que muitas vezes nada têm a ver com justiça e muito menos com as limitações do poder estatal por esta, uma vez que a preocupação humana com relação à proteção de suas necessidades básicas, existe até mesmo antes de tais limitações legais³¹.

Direitos Humanos são os direitos do homem. Pode-se dizer que são direitos que visam resguardar os valores mais preciosos da pessoa humana, ou seja, direitos que visam resguardar a solidariedade, a igualdade, a fraternidade, a liberdade, **a dignidade da pessoa humana**. No entanto, apesar de facilmente identificado, a construção de um conceito que o defina:

"Direitos Humanos são as ressalvas e restrições ao poder político ou as imposições a este, expressas em declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos, destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem a todo o ser humano manter e desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência,

³¹ ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Pg. 24.

dignidade e consciência, e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais."³²

*"Os Direitos Humanos colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana."*³³

*"Direitos Humanos são uma idéia política com base moral e estão intimamente relacionados com os conceitos de justiça, igualdade e democracia. Eles são uma expressão do relacionamento que deveria prevalecer entre os membros de uma sociedade e entre indivíduos e Estados. Os Direitos Humanos devem ser reconhecidos em qualquer Estado, grande ou pequeno, pobre ou rico, independentemente do sistema social e econômico que essa nação adota."*³⁴

João Baptista Herkenhoff, assim conceitua Direitos Humanos:

*"Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir".*³⁵

³² MORAIS, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. Pg. 20

³³ J. S. Fagundes Cunha – Juiz de Direito do Paraná e Professor da Universidade Estadual de Ponta Grossa e da Escola Superior de Magistratura do Paraná, Mestre em Direito pela PUC/SP e doutorando pela UFPR, em artigo publicado no site www.jus.com.br.

³⁴ HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de Direitos Humanos – Gênese dos Direitos Humanos* Pg. 30.

Entende-se por Direitos Humanos, aqueles direitos inerentes à pessoa humana, que visam resguardar a sua integridade física e psicológica perante seus semelhantes e perante o Estado em geral. De forma a limitar os poderes das autoridades, garantindo, assim, o bem estar social através da igualdade, fraternidade e da proibição de qualquer espécie de discriminação.

Segundo Herkenhoff, *"a simples técnica de estabelecer em constituições e leis, a limitação do poder, embora importante, não assegura, por si só o respeito aos Direitos Humanos. Assistimos em épocas passadas e estamos assistindo, nos dias de hoje, ao desrespeito dos Direitos Humanos em países onde eles são legal e constitucionalmente garantidos. Mesmo em países de longa estabilidade política e tradição jurídica, os Direitos Humanos são, em diversas situações concretas, rasgados e vilipendiados."*³⁶

4. Direitos Humanos e direitos fundamentais : qual a diferença?

A teoria jurídica faz uma distinção entre os direitos humanos com conteúdo moralmente justificado e que tem portanto um reconhecimento universal e os direitos fundamentais que tem uma validade limitada ao território de um Estado. É condição de validade da ordem constitucional e jurídica o fundamento *"da existencial do estado, baseado nos valores historicamente válidos e que transcendem ao próprio Estado e a seu ordenamento jurídico, que é precisamente o sentido legitimador que encontramos nos Direitos Humanos, sentido que por uma compreensão da mentalidade liberal, esta passou por cima, propiciando com isso sua função secundária consistente na capacidade de pôr limites ao estatal"*³⁷

³⁵ *Ib Idem ob. Cit.*, pg 51

³⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de Direitos Humanos – Gênese dos Direitos Humanos*. p. 51

Aduz o ilustríssimo Prof. Canotilho³⁸, para quem "as expressões 'direitos do homem' e 'direitos fundamentais' são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arracariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta"

O fundamento dos Direitos humanos está num direito natural. Através da Declaração de Direitos Humanos, datada de 10 de dezembro de 1948, os direitos humanos não se encontram limitados ao tempo e nem aos espaço, eles forma a unidade fundamental de concepção dos direitos fundamentais, caracterizada pela indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos. Eles possuem um *status* jurídico independente de sua positivação. A doutrina não é, porém, unânime. Para alguns autores, os direitos humanos são apenas conteúdo ético. Para parte da doutrina alemã, os direitos humanos são concebidos como direitos naturais, eternos. Os direitos humanos são princípios morais, destituídos de positividade³⁹. Gregorio Robles afirma que

*"os direitos fundamentais são direitos humanos positivados, isto é, concretos e protegidos especialmente por normas de maior categoria"*⁴⁰

A positivação dos direitos humanos significa, para Gregorio Robles, o seu reconhecimento como direitos constitucionais subjetivos, no mais alto grau de hierarquia da ordem jurídica, sendo dirigidos contra o Estado e também através

³⁷ Gregorio Robles., p. 20

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes Ob. cit. p. 369.

do Estado. Os direitos humanos possuem uma qualidade de direito objetivo, do qual se pode extrair direito subjetivos. É justamente de caráter jurídico subjetivo das normas de direito fundamental que são extraídos os direitos da minoria, na medida que dão oportunidade a esta de defender sua liberdade frente ao Executivo, ao judiciário e às Leis promulgadas pela maioria.

Há um nexos entre os direitos humanos e o Povo, que tem a oportunidade de institucionaliza-los, como resultantes da racionalização da opinião e da vontade democrática, o que repercute nas diferenças de tratamento jurídico.

A democracia tem seu limite na legitimação do Direito. Os direitos sociais devem conter a auto-responsabilidade do indivíduo, sob pena de se colocar a ordem social em perigo. Daí a dificuldade de subjetivação dos direitos fundamentais sociais. Devido ao Estado de direito proteger direitos individuais, os direitos fundamentais têm seu lado de defesa muito desenvolvido, quando se fala de seu caráter subjetivo, o qual deve ter prioridade sobre o seu caráter objetivo. Não se pode, porém, perder de vista a repartição de bens sociais, valores e direitos implica em realidade a repartição da substância do direito fundamental, representando cargas públicas para os outros integrantes de uma comunidade nacional e internacional. Internamente, as implicações de um sistema de exclusão da legitimidade de um Estado democrático é a pobreza política⁴¹.

A promoção da integração, ou seja, a ligação do cidadão com o Estado, advém da participação do cidadão na seleção dos valores que são instituídos através da norma.

5. A dignidade da pessoa humana e sua consagração constitucional

Os direitos fundamentais apresentam sua eficácia primeiramente na intenção de proteção contra perigos e dificuldades na sua aplicação, sendo

obrigação vinculante para todos que possam colocar os direitos fundamentais em perigo ou perturba-los. Uma primeira manifestação paradigmática da dimensão objetiva ocorreu no ano de 1958, com a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, que ficou conhecida como “*Lüth-Urteil*”. Após 1958, os direitos fundamentais passaram a existir para todas as áreas do direito, começaram a ser concebidos como uma ordem de valores objetiva com poder de difusão de seu efeitos, de forma a abranger todo o direito, o efeito de irradiação.

Os direitos fundamentais em sentido objetivo propiciam a realização da liberdade no seu sentido que vai desde a proteção mínima para **a sobrevivência**, até a proteção máxima do desenvolvimento individual da personalidade humana. O mínimo de proteção dos direitos fundamentais é uma garantia do Estado de Direitos; o máximo de proteção é obrigação do Estado Social, que por ser proteção deve ser concedida através do Estado de Direito. Assim, satisfeitas as necessidades mínimas, cabe ao estado também promover o desenvolvimento da personalidade.

Como pode ser observado, aos encarcerados não são garantidas sequer as condições mínimas dos direitos fundamentais, ou seja **a sobrevivência**.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR), apresenta um campo ontológico largo, praticamente insusceptível de delimitação.

Na atualidade, impera a tendência dos ordenamentos o reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito. Essa inclinação, reforçada ao depois da traumática barbárie nazi-fascista, encontra-se plasmada pela adoção, à guisa de valor básico do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana.

Em todas as partes do mundo, nos textos constitucionais a dignidade humana é enfatizada:

- A Constituição da República italiana, de 1947, no seu art. 3º, inserido no espaço reservado aos Princípios Fundamentais,

⁴¹ Friedrich Müller. Quem é o povo? Ob. Cit., p. 93

afirmou que *"todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei"*.

- Porém, a iniciativa pioneira nesse manifestar é admitida como pertencente à Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, responsável por solenizar, no seu art. 1.1., incisiva declaração: *"A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la"*.
- a Constituição da República Portuguesa, promulgada em 1976, acentua, logo no seu art. 1º, inerente aos princípios fundamentais, que: *"Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária"*.
- a Constituição espanhola, advinda após a derrocada do franquismo, expressa : *"A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social"*.

Com a derrocada do comunismo no leste europeu, as recentes constituições dos países que outrora se filiaram a essa forma de governo totalitária, passaram a cultivar, entre as suas diretrizes, a dignidade do ser humano.

ERNESTO BENDA⁴² aduz que a consagração, no art. 1.1. da Lei Fundamental tedesca, da dignidade humana como parâmetro valorativo, evoca, inicialmente, o condão de impedir a degradação do homem, em decorrência de sua conversão em mero objeto de ação estatal. Mas não é só. Igualmente, esgrime a afirmativa, de aceitação geral, de competir ao Estado a procura em propiciar ao indivíduo a garantia de sua existência material mínima.

Como resultado encontra-se a interferência do princípio se espalha, nos seguintes pontos: a) reverência à igualdade entre os homens (art. 5º, I, CF); b)

⁴² Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernesto et alii. *Manual de derecho constitucional*, p. 124-127

impedimento à consideração do ser humano como objeto, degradando-se a sua condição de pessoa, a implicar na observância de prerrogativas de direito e processo penal, na limitação da autonomia da vontade e no respeito aos direitos da personalidade, entre os quais estão inseridas as restrições à manipulação genética do homem; c) garantia de um patamar existencial mínimo.

Do que acabamos de expor, podemos concluir, com Jorge Miranda⁴³, que do princípio da dignidade da pessoa humana – o princípio fundamental que rege o sistema de direitos fundamentais – surgem cinco diretrizes básicas:

- a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e a cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;
- b) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
- c) O primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade;
- d) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida,
- e) A protecção da dignidade das pessoas está para além da dignidade da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos;
- f) A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.⁽³⁸⁾

Abordando o tema à luz do arts. 1.1 e 103.1, ambos da Constituição alemã, **ERNESTO BENDA**⁴⁴ afirma que a dignidade da pessoa humana, no campo penal, traduz ao acusado o direito de poder defender-se mediante ativa participação no processo, como também a não ser forçado a falar contra a sua vontade, excluindo-

⁴³ BENDA, Ernesto *et alii*. *Manual de derecho constitucional*, p. 125

⁴⁴ *Ib idem ob. Cit.* p.127

se a utilização de meios psicológicos ou técnicos (narcoanálise ou detector de mentiras), a fim de se averiguar a veracidade das declarações daquele.

A esse respeito, não restou omissa o direito constitucional brasileiro. A Constituição de 1988, no rol de direitos individuais do seu art. 5º, trouxe a lume importantes exigências que o Estado, no desenrolar de sua função punitiva, há de observar, sob pena de desrespeitar a dignidade da pessoa humana⁴⁵. Assim sendo, podemos descortinar, no referido dispositivo, garantias inerentes à: a) vedação em submeter qualquer pessoa a tratamento desumano ou degradante (inciso III), assegurando-se ao preso o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX); b) observância do devido processo legal (inciso LIV) (19) com todos os seus consectários, entre os quais o contraditório e a ampla defesa (inciso LV), o julgamento por autoridade competente (inciso LIII), a não admissibilidade de provas obtidas por meio ilícito (inciso LVI), a proscrição de juízos ou tribunais de exceção (inciso XXXVII) e a consideração de que ninguém será reputado culpado senão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória (inciso LVII), importando esta última em pressupor que a segregação do acusado, antes da sentença irrecorrível, somente se legitima em situações proporcionais previstas em lei; c) legitimidade material do direito de punir, tais como a reserva legal da definição de crimes e cominação de penas (inciso XXXIX), a individualização destas na medida da culpabilidade do infrator (incisos XLV e XLVI), a interdição de determinadas sanções, tais como a pena capital, a prisão perpétua, os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis (inciso XLVII); d) movimentação da competência prisional (incisos LXI a LXVI e LXVIII); e) execução da pena (incisos XLVIII e L)

45.

Os preceptivos citados servem para ilustrar a grande preocupação dispensada ao princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de impedir que a

⁴⁵ O TRF - 3ª Reg. (5ª T., ac. un., rel. Juíza **SUZANA CAMARGO**, DJU - II de 15-08-98, p. 467) vislumbrou na dignidade da pessoa humana fundamento para reputar inválida, na condenação por tráfico de entorpecentes, delito tido como hediondo, a proibição de progressão prisional, imposta pelo art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90. Esse entendimento, contudo, não fora partilhado pelo STF, conforme se infere de precedente líder (Pleno, HC 69.657 - SP, mv, rel. Min. **FRANCISCO REZEK**, DJU de 18-06-93, p. 12.111) e decisões posteriores (Pleno, HC 76.371 - SP, mv, rel. desig. **SYDNEY SANCHES**, DJU de 19-03-99, p. 10; 1ª T., RE 246.693 - SP, ac. un., rel. Min. **MOREIRA ALVES**, DJU de 01-10-99, p. 54).

atividade punitiva do Estado, manifestada sob o interesse de velar pela segurança da coletividade, resulte como justificativa à depreciação do indivíduo.

6. O mínimo de proteção social do Estado de Direito

Segundo Luís Roberto Barroso, ao indivíduo é concedido diretamente da Constituição por via judicial, com base na dimensão objetiva dos direitos fundamentais uma garantia mínima de sobrevivência digna. Essa concessão é excepcional e só se justifica no caso de necessidade. A proteção da dignidade humana é o núcleo material dos direitos fundamentais liberais, que somado ao princípio do Estado Social, tem como resultante a base legal do mínimo para uma existência digna. A partir dos direitos fundamentais liberais é garantido ao indivíduo, diretamente da Constituição, sem a necessidade de se esperar uma ulterior concretização legislativa, um mínimo de dignidade em sua existência. O Estado é obrigado a assegurar a todos um direito subjetivo a um mínimo existencial ⁴⁶.

Como resultado desse efeito imediato constitucional da segurança a um mínimo existencial a doutrina alemã tem se posicionado contra uma positivação dos “direitos fundamentais sociais”, pois eles podem ser extraídos já a partir da constituição, sem contar que uma concretização de cada direito fundamental poderia representar uma perda na abertura do Estado Social.

Na Alemanha, a teoria do mínimo existencial recebeu guarida do Tribunal Constitucional, que diz que o legislador pode e deve decidir sobre tudo que não for condições mínimas de sobrevivência, pois **a sobrevivência é dever do Estado**. A proteção do mínimo existencial surgiu primeiro nas decisões do

⁴⁶ Teoria do mínimo existencial, defendida por Luís Roberto Barroso, pois o poder judiciário poderia concedê-lo. (*O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.*)

Tribunal Administrativo, baseadas na **dignidade humana**, como direito humano não escrito, sendo mais tarde reconhecido por lei infracosntitucional.

Os “direitos fundamentais sociais” dispõem certas garantias constitucionais como as ligadas ao exercício da medida de liberdade, mas o exercício da mesma deve ser regulado, o que pode significar limitações impostas pelo bem da comunidade, o legislador deve, porém, escolher a forma de intervenção que menos limite esse direito fundamental. Do ponto de vista sociológico, Max Weber chama o direito natural de “direito do direito” e o conceitua como sendo:

“o conjunto de normas que valem não em virtude de provirem de um legislador legítimo, senão em virtude de qualidades puramente imanentes”⁴⁷

A dimensão extraconstitucional dos direitos fundamentais, que é dada no direito constitucional alemão pelos “direitos fundamentais sociais”, não quer dizer um direito natural, que concebe uma natureza única e imutável. Esses possuem um forte caráter moral.

⁴⁷ Max Weber. Economia e Sociedade Vol. III (Tipos de comunidade e sociedade)

¹⁸ Rudolf Smend. Constituição e Direito Constitucional

III – A PENA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1. A pena : resultado do ilícito penal

A convivência com o ilícito penal e a declaração da culpa do agente foram sempre resolvidas de maneira satisfatória, sob o ponto de vista punitivo. A solução ainda rebuscada, ao longo dos séculos da história da civilização humana, diz respeito ao que fazer com o criminoso após a declaração formal de sua culpa.

No âmbito da noção do castigo, a privação da liberdade é a maneira específica pela qual o Direito Penal objetivo concretiza o princípio da reparação equivalente. A prisão, como instrumento realizador da pena-castigo, só tem contribuído para a reprodução da criminalidade. Neste sentido, há que se buscar mecanismos e instrumentos que possibilitem a efetiva diminuição da delinquência, a salvaguardar o interesse público e social.

A sociedade organizada, inspirada pela idéia do coletivo, que compreende todos os indivíduos, sem exceção de qualquer gênero ou espécie, estruturou-se no sentido de editar regras disciplinadoras de sua vida, visando ao fortalecimento do convívio. O legislador, no desempenho de suas funções, sempre se preocupou em fixar limites às condutas individuais, com direcionamento à proteção societária.

O direito, pois, surge inspirado pelo ideal de preservação dos valores humanos e, via de consequência, destina-se a disciplinar uma vida comunitária harmônica, orientada pela finalidade do bem comum, sendo o homem o principal personagem da cena social.

Violado o pacto comum de convivência, quebrada a harmonia da vida societária, seus valores essenciais, não se pode abstrair a atuação das normas legais pertinentes, que devem incidir diretamente na pessoa do infrator. Sempre que o Estado interferir na vida social, buscando o disciplinamento, deverá fazê-lo

de molde a preservar, com a lei, a conformidade desta com seu verdadeiro finalismo, isto é, não poderá ser nem insuficiente nem excessivo em sua tarefa punitiva, concretamente.

Segundo Paulo Roney Ávila Fagúndez⁴⁸, *O Estado necessário deverá se manter enquanto instrumento imprescindível para a defesa dos interesses coletivos e para a criação de leis justas*. E, ao agir em prol do interesse coletivo, é dever do Estado, por intermédio de sua função jurisdicional, aplicar a pena em face da violação do bem juridicamente consolidado, mas ela deve ser, sempre, proporcional à infração cometida e nos limites da culpabilidade, a fim de que seja justa e não encontre, o castigo, arbitrariedade.

Para Antonio José Miguel Feu Rosa, ao decompor as características essenciais da pena, consolida o entendimento de que ela deve ser proporcional ao crime, pessoal, legal, igual para todos e o máximo possível correccional. Assim discorre sobre cada uma delas:

1) A pena deve ser proporcional ao crime — *Acabaram-se aquelas crueldades inomináveis e absurdas de condenações à morte por delitos insignificantes; a falta de critério que existia para estabelecer qualquer tipo ou espécie de castigo, bem como o tempo de duração da pena.*

2) Deve ser pessoal — *A individualização da pena representou o mais importante avanço em sua concepção científica. Ao fixar a pena o juiz deverá examinar as condições pessoais de cada criminoso: [...] Não pode passar da pessoa do criminoso [...].*

3) Deve ser legal — *Só tem valor a pena quando decorrente de uma sentença proferida por juiz competente, através de processo regular, obedecidas as formalidades legais. Todas as penas têm que estar expressamente prescritas em lei, não pode haver pena por analogia, a critério do julgador.*

⁴⁸ FAGÚNDEZ, Paulo Roney. *Holismo, Direito e ética*.

4) Deve ser igual para todos — [...] *os condenados devem receber o mesmo tratamento, sujeitando-se aos mesmos regulamentos e à mesma disciplina carcerária* [...].

5) Deve ser, o máximo possível, *correcional* — [...] *Cumpra ao Estado exercer todos os esforços para tentar corrigir o criminoso, criando-lhe novos hábitos e vocação para o trabalho.*''⁴⁹

Desse contexto depreendem-se duas funções importantes do Estado: uma, pelo poder legiferante, pois dele é que emanam as normas jurídicas disciplinadoras dos conflitos sociais; outra, pela prestação jurisdicional, por seus agentes, ao apreciarem os casos concretos.

O nosso sistema punitivo, contém estudos dirigidos ao direito de punir, ao Direito Penal mínimo, à aplicação da lei penal, à lei penal no tempo e às espécies de pena, temas reunidos num mesmo conjunto pela significação e também porque será a guia orientadora do entendimento do complexo conjunto de elementos formadores da sistemática penal vigente

2. Finalidades da pena

a) A Pena Como Vingança

No período dos Estados Absolutistas, o poder concentrava-se nas mãos do monarca, considerado como o representante de Deus na terra, era inquestionável.. A pena era vista como castigo, o criminoso era equiparado a um pecador, pois havia violado os mandamentos do poder divino. A pena era um castigo divino contra o herege.

Surgem então, as penas cruéis, violentas e degradantes, assim como: esquartejamento, fogueiras, marcas a ferro, o suplício e o chicote⁵⁰, quanto maior

⁴⁹ ROSA, José Miguel Feu. *Direito Penal.*, p. 421-422.

⁵⁰ As penas degradantes são especialmente descritas na obra de Michel Foucault, *Vigiar e Punir*

era a violência, mais era atingida a finalidade da punição, que era vingar o mal com o mal.

Um dos mais flagrantes exemplos desta espécie de legislação penal era as ordenações Filipinas, publicadas em 11 de janeiro de 1603 e entraram em vigor no Brasil a partir de 29 de janeiro de 1643. Um sistema jurídico de terror, com total desproporcionalidade entre a conduta e a sanção, que se estendiam até aos descendentes. E poderia variar desde as lesões corporais, a morte, até o desterro para a África que poderia ser por prazo determinado ou perpétuo.

b) Finalidade Retributiva da Pena

Iniciou-se a evolução do direito Penal com a Revolução Burguesa e a implantação do Estado Liberal, que adotaram postulados iluministas, tais como: liberdade, igualdade e fraternidade. Tornando necessária a modificação nos conceitos e fins da pena, havendo a abolição das penas cruéis, para conciliar-se com os novos modelos estatais. Começaram a ser adotadas com grande ênfase as penas de prisão, reclusão, trabalhos forçados e pena de morte.

O iluminismo representava a tentativa de conjunção de seus membros para viabilizar a vida em sociedade, onde seriam estabelecidos direitos e deveres, configurando o “contrato social”, para assegurar a ordem numa vida em comum.⁵¹

As leis da sociedade haviam sido instituídas por vontade de todos os seus membros, a violação dessas normas, representava a quebra do “contrato social”, provocando a desestabilização da ordem, o que demandava uma atuação por parte do Estado. Este sentido de pena apresenta sentido substancial para

⁵¹ Sustentada por Bobbio, no Dicionário de Filosofia, p. 272, em sentido amplo o contratualismo compreende todas as teorias políticas que vêm a origem da sociedade e o fundamento do poder político em um contrato, assinalando o fim de um estado natural e o início de um estado social e político.

grande parcela da Escola Clássica, evidente nas obras de Kant e Hegel, teóricos do Estado Liberal.

Para Kant, a pena assume um caráter de retribuição moral ao mal praticado, configurando-se como medida de reafirmação da justiça, que ao ser afastada poderia inserir a sociedade como partícipe do delito, ou seja, identificaria uma não manifestação do Estado como uma colaboração na prática do delito.

Já para Hegel, o direito negado pelo crime é retribuído, reafirmado pela pena que serve para anular a desordem provocada, restabelecendo a soberania do direito do direito sobre o indivíduo⁵².

A teoria do contrato social e do Estado Liberal, acabam por embasar o conceito de pena como a retribuição do fato reprovável praticado, servindo para restaurar a ordem moral (Kant) ou a ordem jurídica (Hegel), preservando a integridade do Estado.

c) Pena como Prevenção Geral

Em contraposição às teorias absolutas da pena, de fundo exclusivamente retributivo, surgiu a concepção da pena também fundada no contrato social e, portanto, no Estado Liberal, que lhe conferia não um caráter meramente repressivo, mas, essencialmente, a função utilitária de proteção da sociedade, de prevenção de delitos⁵³.

Através do medo, evita-se que crimes sejam cometidos, pois cria-se a certeza de punição como lógica consequência da ação desvalorada, suprimindo-se a força dos impulsos criminosos como fatores dominantes da conduta⁵⁴.

Segundo Roxin, essa teoria constitui fundamentalmente, uma teoria da ameaça penal, uma teoria que exige, para atingir o seu efeito, a imposição e execução de pena, pois disso depende a eficácia da ameaça⁵⁵.

⁵² BRUNO, Anibal. Direito Penal, parte geral, tomo III, p.65.

⁵³ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Op. Cit., p.50

⁵⁴ Ib. Ibidem., op. Cit. P.50

⁵⁵ ROXIN, Claus. Derecho penal, parte geral, Tomo I, p. 90

3. Metas formais conflitantes

Oficialmente, como finalidade da pena privativa de liberdade, estabelecem-se vários objetivos concomitantes:

- punição retributiva do mal causado pelo apenado;
- prevenção de prática de novas infrações, através da intimidação do condenado e de pessoas potencialmente criminosas;
- regeneração do preso, no sentido de transformá-lo de criminoso em não-criminoso.

Assim, punição e tratamento deveriam ser vistos como os extremos de uma série contínua, com variações intermediárias, as diversas partes a se imbricarem harmoniosamente sem fraturas.⁵⁶

Em seu livro *A Questão Penitenciária*, cita Augusto Thompson:

*“Enquanto anteriormente a tônica do confinamento carcerário recaía sobre o alvo escarmento, já a partir do século passado, pelo menos, passou a merecer ênfase especial a meta reabilitação. Designada, indiferentemente, por terapêutica, cura, recuperação, regeneração, readaptação, ressocialização, reeducação e outras correlatas, ora é vista como semelhante à finalidade do hospital ora como à da escola. Hoje, quando mais não seja no terreno programático, alcandorou-se à posição de fim precípua da penitenciária. Vejam-se por exemplo, as ‘Regras Mínimas do Tratamento dos Reclusos’ aprovadas pelo Conselho de defesa Social e Econômica, das Nações Unidas, que sustentam dever a instituição prisional utilizar toda a assistência educacional, moral e espiritual no tratamento de que se mostre necessitado o interno, de sorte a se lhe assegurar que, no retorno à comunidade livre, esteja apto a obedecer às leis.”*⁵⁷

⁵⁶ Cf. David Dressler, *Readings in Criminology and penology*, Columbia Un. Press, 2ª ed., p. 575

⁵⁷ THOMPSON, Augusto, ob. Cit. p.04/05

Nos regimentos de grande parte das penitenciárias rege-se que o *tratamento deve ser de forma a tornar-se eficaz; que o mesmo devera ser estruturado de modo a possibilitar a individualização do tratamento; terá como objetivo a preparação do apenado para a vida livre futura na sociedade*⁵⁸.

Cabe ressaltar que apesar da ênfase dada pelos preceitos legais, convergentes no sentido de destacar, especialmente a reabilitação, dentre os escopos da pena carcerária, os fins punição e intimidação, permanecem intocados, inexistindo regra alguma a autorizar possam ser desprezados, em maior ou menor extensão (internamente), se isso for necessário em benefício da reeducação. Em situações de atrito de caráter operacional entre os vários fins, o relaxamento daqueles em favor deste não conta com o amparo da legislação interna.⁵⁹

Oficialmente deve-se enfatizar o alvo da recuperação, mas na prática não se permite que este seja obtido à custa dos objetivos punição e intimidação.

Infelizmente, a realidade no interior dos estabelecimentos carcerários é muito diferente, pois a recuperação sequer é cogitada na hora do tratamento, que quase sempre, no que se tem conhecimento, é cercada de violência e total desrespeito pela pessoa do encarcerado, prevalecendo completamente o objetivo da punição e intimidação, representados pela coação física e moral.

4. Estado Democrático de Direito

As concepções de pena anteriormente descritas, são passíveis de críticas, segundo Antonio Carlos Santoro Filho, pois não serviram a atingir o principal objetivo a que se propunham, qual seja, extinguir, ou mesmo diminuir a criminalidade. A par deste defeito, que por si só já seria suficiente a excluí-las como fundamento único da pena, não se pode deixar de observar que todas elas

⁵⁸ Ib. idem. Ob p. Cit. p. 06

⁵⁹ Idéia defendida por Augusto Thompson ob. Cit. p.05

encontram pressupostos contrários aos postulados do Estado democrático de Direito.

A pena não deve ser vista como meio de extinção, mas apenas um dos instrumentos de controle da criminalidade, apto a mantê-la em limites toleráveis, que permitam o normal desenvolvimento das relações sociais e das atividades do Estado.

Com a criação de espécies de delituosos seus elementos essenciais. Esta tipificação aliada à previsão de penas, funciona como uma advertência das conseqüências que podem advir da violação de sua estrutura valorativa .

As funções da pena podem melhor ser observadas durante as suas três fases, ou seja, cominação, aplicação e execução.

Na *cominação*, são estabelecidos os valores de maior relevância social, realizando a prevenção geral. Na *aplicação*, o juiz investido dos poderes do Estado, reafirma que o bem jurídico atingido pelo crime continua a ser socialmente relevante, sob a proteção penal. Finalizando, na execução penal, realiza-se a prevenção especial, conferindo-se ao condenado oportunidade para que abandone a criminalidade e reintegre-se à sociedade⁶⁰.

A Constituição, ao instituir o Estado Democrático de Direito, estabeleceu os seus valores fundamentais; o direito penal ocupa-se apenas da proteção destes valores e dos que deles forem conseqüentes. Surgem portanto, bens jurídicos principais, entre eles a liberdade, a vida, a igualdade, a segurança e a propriedade (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal) e, como secundários, já que derivados e compreendidos pelos principais, mas também protegidos pela Constituição, valores como por exemplo **a saúde, a intimidade e a honra**.

Os princípios penais fundamentais, num Estado Democrático de Direito, possuem como finalidades essenciais: a garantia do ser humano contra a ingerência demasiada do Estado nas relações sociais e a limitação à exacerbação do poder punitivo, além, claro, da função sistematizadora do direito penal.

Os princípios primários, que sintetizam a estrutura do sistema penal, servindo de base e conformação da ordem legislativa relativa ao direito criminal,

⁶⁰ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Op. Cit. , p.63.

são: legalidade; lesividade; culpabilidade; dignidade humana; pessoalidade; individualização das penas.

5.Dignidade humana e pena

O legislador constitucional, ao estabelecer a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF), identificou o ser humano como valor supremo, razão de ser do Estado, mas apesar disso, talvez por sua recente positivação constitucional, ela ainda não possui uma minuciosa análise, não encontrando pacificada a sua conceituação.

Inicialmente, estabeleceu-se o art. 5º, inciso III, da Carta Magna, (a Constituição Federal), que ninguém – inclusive o condenado ou o preso – será submetido a tortura, a tratamento desumano ou degradante. A tortura⁶¹ despoja a pessoa de sal condição de ser humano, pois retira-lhe por completo a faculdade de agir e de pensar livremente; sujeita-a ao arbítrio do torturador, o que é incompatível com o conceito de dignidade. A degradação ou desumanidade do tratamento representam o oposto da noção de humanidade, desrespeitam a característica de ser do indivíduo, transformando-o em mero objeto de espúrios⁶².

Quanto às penas cruéis, desnecessária seria a positivação constitucional dessa vedação, pois incluem-se na proibição contida no inciso III, do art. 5º, supra citado, que justifica a contrariedade entre esta espécie de pena e a dignidade do ser humano. Para finalizar, o inc. XLIX do art. 5º da Constituição

⁶¹ A convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, recepcionada pelo Brasil pelo decreto Legislativo 04 de 23 de maio de 1989 e promulgada pelo Decreto 40 de 15 de fevereiro de 1991, dispõe que o termo tortura designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de Ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza, quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por funcionário público ou por outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência”.

⁶² SANTORO FILHO, Antonio Carlos, op. Cit., p. 114/115

Federal traz derradeira garantia da aplicação do princípio da dignidade humana em relação às penas, ao dispor que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”⁶³.

Por respeito à integridade física não se compreende apenas a proibição de agressões contra os presos, mas também o direito desses receberem assistência médica, hospitalar e odontológica e tudo o mais que seja necessário para que sua condição de preso não afete a sua garantia de acesso à saúde.

Da mesma forma a integridade moral não constitui apenas a vedação de humilhações ao preso, mas representa ainda, o direito que lhe deve ser proporcionado de possuir um mínimo de privacidade e intimidade, de conviver ainda que com dificuldades resultantes de sua condição de privado do direito de ir e vir, com a família, de poder receber instrução, de exercer a liberdade de culto e religião e de todos os outros direitos que não se incluam nas privações diretamente conseqüentes da pena privativa de liberdade a ele imposta⁶⁴

⁶³ SANTORO FILHO, Antonio Carlos op. Cit., p.118

⁶⁴ Ib. Ibidem., op. Cit., p.118

IV - A CONSTITUIÇÃO, O PRESO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1. O preso

No interior do movimento de corrente do contratualismo penal, principal movimento de humanização das penas, encontra-se uma demonização daquele que violou a norma e foi condenado à sanção criminal. O que mais chama a atenção é o fato de que, após dois séculos dessas afirmações, a realidade normativa e empírica em muito pouco rompeu com esta tradição autoritária.

A afirmativa de que as instituições modernas de controle, destacando-se o cárcere, configuram modelos totalitários. Manoel Pedro Pimentel, dizia “*queiramos ou não, a prisão é uma instituição totalitária, e só pode funcionar como tal*”, concluindo drasticamente ao perceber ser “*uma contraditio in adjecto tentar democratizar um sistema totalitário*”⁶⁵.

Augusto Thompson, parte do mesmo pressuposto ao assinalar que a penitenciária é uma sociedade dentro da sociedade, vez que nela foram alteradas, substancialmente, as feições da comunidade livre. Ainda cita o autor que a característica mais marcante desta instituição é representar a tentativa de criação e manutenção de grupamento humano submetido a regime de controle total, no qual “*tudo concorre para identificar o regime prisional como um regime totalitário*”⁶⁶.

No interior deste sistema social anômalo, no qual relações doentias de poder se produzem e reproduzem, constatamos absoluta incapacidade de garantia dos direitos dada a inviabilização do direito à legalidade através de mecanismos de obstrução da jurisdição.

⁶⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Sistemas Penitenciários*, p. 273.

⁶⁶ THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*, p.22.

As reivindicações da massa carcerária são totalmente sufocadas e ignoradas pelas autoridades administrativas e judiciárias, sob a alegação de necessidade de uma “manutenção da ordem”, representadas pela disciplina e pela segurança. Neste sistema imperam as lacunas da legalidade, *“a prisão não constitui território no qual as normas constitucionais não tenham validade”*.⁶⁷

A tendência de demonização do apenado, aliada ao diagnóstico da necessidade de reivindicação de sua dignidade, através da legalidade, faz com que surjam inquirições sobre os direitos dos encarcerados e o sistema de execução penal. Inicialmente, com relação à validade (constitucionalidade material) e à eficácia das normas constitucionais e ordinárias que orientam a separação, após, questiona-se a efetividade e instrumentalidade do processo de execução penal enquanto garante dos direitos do preso frente aos atos discricionários e às lesões provocados pela administração dos estabelecimentos prisionais.

Durante a execução penal, após prolatada a sentença condenatória, o preso ingressa em uma realidade social completamente desprovida de garantias jurídicas. Em face dessa realidade, no Brasil, se desenvolveu o entendimento doutrinário da necessidade de construção de teoria que estruturasse a execução penal desde sua natureza jurídica mista, com traços tanto do direito penal quanto do direito processual penal.

Surge, então, a necessidade de se jurisdicionalizar ao máximo a execução da pena, remetendo à pessoa condenada direitos fundamentais. A Constituição, como instrumento de reconhecimento de garantias e direitos individuais, sociais e difusos, possibilita o verdadeiro redimensionamento nos assuntos referentes à execução penal, aquela introduziu expressamente direitos aos presos, rompendo com a lógica existente, a belicista, que tornava o condenado um objeto nas mãos da administração pública.

O Brasil, segundo a Constituição, é uma República Federativa, constituindo-se um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, pelo princípio da prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, II, Constituição Federal do Brasil, de 1988).

⁶⁷ CATÃO, Yolanda & SUSSEKIND, Elisabeth. Os DIREITOS DOS PRESOS, P. 85.

As constituições Ocidentais e, ou seus equivalentes, desde o fim da Segunda guerra mundial, estimulados pela carta de direitos da ONU, repudiaram normativamente as concepções autoritárias e positivaram inúmeros valores e princípios⁶⁸, admitindo a importância dos direitos humanos. Estas, não esgotam em seus textos, a totalidade dos direitos humanos, possibilitando a inclusão de novos e renovados direitos. As Constituições positivaram a grande maioria dos valores, fundando um rol axiológico e principiológico instrumentalizador de nova concepção jurídico-política voltada a satisfação plena dos direitos fundamentais. Valores como dignidade da pessoa humana, assumem um papel muito importante no processo de construção do modelo jurídico normativo das garantias.

O respeito e valorização da dignidade humana, representam a função primordial do Estado. Qualquer lesão a ela, implica no desprezo do homem e sua personalidade jurídica, o que se constata freqüentemente nas relações decorrentes da relação instituições prisionais – apenados.

2. Os princípios constitucionais referentes execução da pena

A Constituição de 1988 estabeleceu cláusulas específicas em relação à pena e seu modo de execução. Iniciando a partir do princípio da legalidade, tem-se cinco modelos de incidência penal.

Enquanto normas programáticas, definiu cláusulas de criminalização / penalização, direcionando a intervenção do legislador ordinário aos

- atos de discriminação que configurem atentado aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI);

⁶⁸ Cabe ressaltar a diferença entre estas duas categorias: valores e princípios. Como valor, entende-se como o núcleo substancial de um ordenamento jurídico, indicando as bases axiológicas sob os quais está fundado o estatuto. Os valores, são os preceitos preambulares da Constituição, como o pluralismo e a fraternidade, o pacifismo e a igualdade; assim como os fundamentos estabelecidos no art. 1º. Os princípios são a instrumentalização formal desses valores, sendo menos abstratos. A relação entre princípios e valores constitucionais é relativamente perceptível nos

- à prática de racismo (art. 5º, XLII);
- aos crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, e ao terrorismo (art. 5º, XLIII);
- à ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado de Direito (art. 5º, XLIV), entre outras.

Como uma Segunda ordem de intervenção constitucional nessa esfera da pena, surge a de natureza limitativa, quanto ao sujeito da intervenção punitiva e sua espécie. Têm-se aí a restrição a determinados tipos de penas:

- art. 5º XLVII, veda a adoção de penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimentos e cruéis;
- excluiu da sanção penal alguns destinatários – *“a pena não passará da pessoa do condenado”* (art. 5º, XLV);
- definiu o rol de possibilidades penalógicas, no seu art. 5º, não obstante admitir sua ampliação controlada – *“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:*
 - a privação ou restrição da liberdade;
 - multa;
 - perda dos bens;
 - prestação social alternativa; e
 - suspensão ou interdição de direitos.

Ainda, disciplinou a forma de cumprimento da pena, que ao regular a individualização da pena :

- impôs restrições no que diz respeito ao público dos estabelecimentos – *“a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”* (art. 5º XLVIII);
- determinou condições específicas quanto ao gênero – *“ às presidiárias serão asseguradas condições para que possam*

permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”
(art. 5º L).

Impôs normas de caráter tutelar aos presos, condenados ou não, assegurando garantias inalienáveis e indisponíveis às quais o Estado – administração ou Estado – jurisdição não podem restringir, pois versam sobre sua integridade física e moral (art. 5º , XLIX).

Ao tratar dos direitos políticos, por outro lado, criou normas de suspensão de capacidade eleitoral, em vista de condenação criminal transitada em julgado enquanto durarem seus efeitos (art. 15, III).

Numa avaliação da totalidade principiológica, pode-se entender que o legislador constituinte optou por um modelo de garantias, alertando para o fato de que, apesar de condenada pela prática do crime, a pessoa não perde sua dignidade (art. XLIL). A doutrina nacional afirma, serem estas normas instituidoras de princípios da humanidade, da proporcionalidade, da pessoalidade e da individualização da pena na órbita constitucional brasileira.⁶⁹

Mas, o resíduo autoritário da negativa de voto ao preso, ao mesmo tempo que a norma positiva fundamental preza a manutenção de sua dignidade, acaba negando sua posição de sujeito de direitos, retirando-lhe o principal instrumento de satisfação da cidadania.

O significado da principilogia constitucional ultrapassa a visão objetiva de mero elenco estatal de intenções. Apesar do caráter abstrato das normas e princípios, que efetivamente dificulta a visualização instrumental do operador jurídico, a atitude garantista deve ser comissiva, de interpretação e de filtragem dos institutos jurídico – penais a partir do texto constitucional, para se evitar a tendência de incursão em ações falaciosas.

O sistema jurídico, por si só não pode garantir nada, não se pode afirmar que o jurista nada pode fazer para otimizar o modelo de garantias. É do papel do operador utilizar os mecanismos fornecidos pela Constituição, e as lacunas e contradições entre esta e o ordenamento inferior para legitimar /

⁶⁹ Batista, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro

deslegitimar, manifestando as validades / invalidades e eficácias / ineficácias, das normas e das práticas para efetivação dos direitos fundamentais.

3. O Sistema

De acordo com Maia Neto, não é fácil conceituar a disciplina carcerária, de que por maior que seja o esforço jamais encontraremos definição ideal de ordem dentro das instituições totais, visto que estes conceitos se tornam subjetivos e, normalmente, ficam adstritos aos critérios dos agentes prisionais e da direção da instituição.⁷⁰

Apesar de haver o reconhecimento constitucional dos direitos dos presos, a sua estrutura processual inviabiliza sua plenitude; a natureza mista, representada pela tensão entre jurisdição (processo penal) e administração (direito penitenciário); o conteúdo litigioso do processo perpassado ao senso comum do operador pelas teorias gerais (mistas); e o modelo jurisdicionalizado autoritário criado pela LEP, possibilitam a afirmação de que o sistema de execução penal brasileiro é inquisitivo.

A sentença penal condenatória ao cominar e quantificar a pena, determinando o regime inicial de cumprimento, estabelece um limite formal e material máximo de privação / restrição de direitos, o qual não pode ser, desrespeitado pelo Estado – administração ou pelas normas de execução. A lesão aos limites caracteriza abuso de poder. De forma que, a condenação à pena privativa de liberdade em regime fechado, ao mesmo tempo que limita e impede alguns direitos correspondentes e compatíveis à sua natureza, permite a plena realização dos não vinculados à liberdade destituída temporariamente pela sentença.

A condenação ao regime fechado restringe somente os direitos incompatíveis com a liberdade de locomoção, A perda temporária da liberdade

⁷⁰ MAIA NETO, Cândido Furtado. Penitenciarismo en el Mercosul: politica criminal y penitenciaria del Brasil, p. 93

decorrente dos efeitos de sentença penal é tão somente da liberdade de ir e vir, sendo inadmissível, no plano lógico, falar da liberdade de pensamento ou do direito de petição em virtude da condenação do réu à prisão. Todo e qualquer ato praticado além dos limites da sentença constitui excesso e/ou desvio da execução e, enquanto lesão do direito, possibilita apreciação do judiciário e responsabilização conforme LEP e a lei 4898/65 (Lei de Abuso de Autoridade).

Fragoso, em sua obra *Direitos dos presos*, afirma que o conteúdo do direito de punir é dado pela faculdade de impor ao réu a perda ou diminuição de bens jurídicos nos limites fixados pela sentença, conclui que *“esse esquema é puramente formal, mas é importante porque fixa para o Estado os limites de punição (a pena não pode ser maior ou diversa da que está prevista em lei) e estabelece para o réu a garantia de não ser atingido senão nos limites dos direitos diminuídos pela sentença. Que direitos são esses? Em princípio, apenas a perda de liberdade e a dos direitos necessariamente afetados por ela”*⁷¹

A negativa do status de cidadão, inerente às práticas inquisitivas (incontroláveis) do direito penitenciário, relega o homem condenado à condição de sujeito desprovido de direitos, característica fundamental dos sistemas totalitários. O processo de jurisdicionalização intentado pela LEP em 1984, com efetiva formalização do direito de petição – instrumentalizador dos direitos do condenado -, representa o reconhecimento formal, por parte do Estado, da condição de cidadania do apenado.

Criam-se regras universais da “boa condição carcerária”, representadas pelos princípios da correção (a recuperação dos condenados é o objetivo da pena); da classificação (os detentos devem ser classificados e isolados conforme a gravidade de seu ato); da modulação das penas (a pena pode ser modificada de acordo com os resultados obtidos); do trabalho como obrigação e direito (a laborterapia é fundamental no processo de transformação e socialização); da educação penitenciária (precaução e atividade conjunta ao trabalho); do controle técnico dos detentos (a instituição deve ser dirigida por pessoal técnico-especializado, que possua condições morais para formar

⁷¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direitos dos presos: os problemas de um mundo sem lei*, p. 03

indivíduos); e das instituições anexas(rede de instituições conjuntas, como o manicômio)⁷² Cada princípio, adequadamente colocado, permite a conformação de tecnologia absoluta na modificação dos seres. A prisão esteve, pois, “desde a sua origem, ligada a um projeto de transformação de indivíduos”⁷³.

Os modelos de ressocialização e readaptação, fundados na ideologia do tratamento, marcam os problemas e os riscos da pedagogia disciplinar e, como sustenta Zaffaroni⁷⁴, impõem modelos de conduta e pensamento que pertencem a outras classes sociais, com interesses diversos, obtendo como conseqüência a perda de identidade dos encarcerados (desculturação) e a consolidação de sua posição marginal (reculturação).

No plano fenomenológico há constante desrespeito aos direitos e ao acesso à jurisdição, também no plano normativo encontramos concepções violadoras da dignidade do condenado. Na perspectiva de introduzir elementos subjetivos à personalidade do apenado, ou seja, ao tentar recuperá-lo, pode – se assim, observar que o limite constitucional da integridade física e moral do preso, assegurado no valor dignidade humana cuja construção ocorre pela necessidade de rígida separação entre direito moral e direito material (secularização), não foi observado. Com efeito, a deslegitimação (invalidade) formal e material das normas que pretendem modificar a pessoa do condenado sob a máxima da ressocialização, recuperação ou reintegração, torna-se ato perfeitamente justificável. O respeito à integridade moral é sobretudo, aceitação da condição de diverso, prevalecendo a pena como instrumento de tutela do autor do crime contra as reações informais, assim como, retribuição jurídica pelo ato; nunca, porém, como meta objetivadora de transformação da interioridade⁷⁵.

⁷² FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir p. 237/38

⁷³ FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão, p. 131.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Sistemas penales e derechos humanos en América Latina, p. 215.

⁷⁵ Ib. idem . op. Cit p. 215-217

V - A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS

1. A realidade carcerária brasileira

Por mais otimistas que possamos ser, não se pode dizer que, até hoje, os estabelecimento carcerários jamais logrou êxito em atingir o objetivo de transformar “*um criminoso em um não criminoso*”.

Como tendência se encontra o desprezo a qualquer tentativa de solução ou explicação , tomando-se como base a assertativa de que a “*prisão é imprestável*”.

Para a Anistia Internacional, em relatórios concluídos após visitas feitas em 33 instituições de 10 Estados, o sistema penal não só fracassa quando se propõe a viabilizar harmônica integração social do condenado, como também, durante o cumprimento inatingível desse objetivo, “*inflige terríveis violações dos direitos humanos a muitos daqueles que passam pela sua engrenagem*”⁷⁶ Suas denúncias reiteram recentes avaliações do grupo brasileiro sobre as condições do sistema de apração:

“Os presidiários são verdadeiras vítimas esquecidas das violações dos direitos humanos no Brasil, onde os detentos são submetidos a condições e a tratamentos

⁷⁶ Importante ressaltar a atuação do Instituto de Apoio Jurídico Popular (IAJUP) que apesar de orientar sua militância à questão do acesso à justiça, contribuiu substancialmente para o entendimento da problemática da segurança pública, com a publicação dos *Fragmentos para uma introdução crítica da retórica da segurança pública*, e do trabalho realizado pelo núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP) expresso no *Dossiê Direitos Humanos no limiar do séc. XXI*.

severos, como por exemplo uma superlotação que já ultrapassa 500%, o recurso rotineiro a violência e a tortura pelos guardas, más condições de higiene e freqüentes recusas de acesso a assistência médica, mesmo no caso de presidiários paraplégicos ou portadores de doença mental. Os incidentes de revolta, fuga e tomada de reféns são freqüentes, em parte resultante das pavorosas condições de detenção. Em várias ocasiões a Polícia Militar com a execução extrajudicial de detentos. Os presidiários dependem muito mais das ONGs de direitos humanos para a monitorarão das condições vigentes nos presídios e o protesto em seu nome junto às autoridades”⁷⁷

A complexidade do sistema penitenciário brasileiro, viabiliza apenas possibilidades parciais de relato, visto que as condições variam muito entre os Estados da Federação, assim como, entre suas instituições. Mas, não se pode deixar de concordar que, embora haja tal variação, *“as condições carcerárias no Brasil são normalmente assustadoras”⁷⁸*

Independente de fatores normativos, ideológicos e simbólicos da construção de indivíduos destituídos de cidadania, a histórica e tradicional opção de construir unidades arquitetônicas gigantescas e centralizadas, aliada à continua falta de interesse administrativo em investir no sistema carcerário, gerou situações incompreensíveis e repugnantes, mesmo diante do olhar dos mais críticos e irredimidos em relação às vertentes teórico-filosóficas humanistas; a falta de zelo público com sua população encarcerada produziu um estado de miséria humana que pode-se crer sequer comparável às maiores violações de direitos da história da humanidade.

Aponta-se, oficialmente como fator imediato, responsável pela barbárie do sistema penitenciário nacional, a superlotação carcerária.

⁷⁷ ANISTIA INTERNACIONAL. Defensores dos direitos humanos: protegendo os direitos humanos de todos, p.15

⁷⁸ HUMAN RIGHT WATCH. O Brasil atrás das grades, p. 01.

Em 1995, segundo o Censo Penitenciário elaborado pelo CNPCP, havia no Brasil, um número total de presos de 148.760. Desse, 71,6% eram presos condenados e 28,4% eram presos provisórios. Corresponhia 95% o número de pessoas do sexo masculino encarceradas. O índice de encarceramento, razão entre o número de presos e o índice populacional (100.00 habitantes), chegava a 95,5.

Cumpriam pena em regime fechado 75.1% do número total de pessoas presas, 22% cumpriam pena em regime semi-aberto e aberto, e 2,9 % cumpriam medida de segurança. Fora dos estabelecimentos adequados, cumpriam 29,8 % dos apenados, sendo que déficit funcional do sistema chegava a 75.887 vagas.

Deve-se ainda ressaltar, que o cumprimento de penas restritivas de direito, incorporada desde 1984 na legislação pátria como pena principal, ficava restrito a apenas 2.098 pessoas.

O Sistema Carcerário no Brasil se encontra entre um dos dez maiores do mundo. Atualmente, o número de apenados deve ser cerca de 175.000 pessoas, agrupadas em aproximadamente 515 prisões, milhares de delegacias e vários outros estabelecimentos. Ao lado do Brasil, existem apenas dez países do mundo que possuem mais de 100.00 presos. Entre eles estão China, Rússia, Estados Unidos, Índia, Irã, México, Ruanda, África do Sul, Tailândia e Ucrânia . Os três primeiros (Estados Unidos, China e Rússia) são os únicos que encarceram mais de um milhão de pessoas.

O índice de encarceramento no Brasil, apesar desses dados, é relativamente moderado chegando a aproximadamente 110 presos por 100.00 habitantes. Os Estado Unidos era o país que, em 1997, atingia o maior índice de encarceramento, alcançando 645 presos por 100.00 habitantes. Com índices substancialmente menores, seguiam Chile (173), Venezuela (113), Colômbia (110), e México (108) ⁷⁹ .

Entretanto, com a continuidade da política judiciária de não-aplicação de penas restritivas de direito, e o relativo aumento na população carcerária nos

últimos anos, a tendência é um crescente déficit de vagas, que, em 1997, segundo o Censo Penitenciário, chegava a 96.010 vagas, ou seja, em cada vaga prisional havia 2,3 presos⁸⁰.

2. Superlotação

As condições tanto materiais como de sobrevivência na maior parte dos estabelecimentos carcerário brasileiros são indescritíveis. Decorrente do problema da superlotação, o espaço individual é ocupado de forma irregular e desumana.

Se fossem observados os números de mandados de prisão não cumpridos, a situação tornar-se-ia muito mais dramática, por exemplo, no Censo de 1997 indicava aproximadamente 280.000 mandados incumpridos. Apesar destes números *“o número real de foragidos é difícil de estimar pois os dados estaduais e federais incluem várias penas para um só acusado, acusados que já morreram e casos em que o crime já prescreveu”, logo pode-se estimar que “o número atual deveria ser dividido por cinco para poder levar esses fatores em consideração”*⁸¹

Os integrantes da CCDH/AI alertam que *“quando se analisam os dados do Censo Penitenciário brasileiro, é importante que se tenha em mente o fato de Ter sido elaborado a partir de dados fornecidos pelos Estados, através de formulários. Salienta-se que, em algumas localidades, a precariedade dos sistemas de informações em muito prejudicam a coleta destes dados. O*

⁷⁹ CAVALLARO, James Louis & Carvalho, Salo. Risting violence and the criminal justice response in Latin America.

⁸⁰ O custo de criação de cada nova vaga, em 1996, era de R\$ 15.600,00> dado foi fornecido pelo relatório final da Campanha de Fraternidade 1997, promovida pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, onde são calculados não apenas o custo da construção da cela em si, mas todas as medidas adicionais como segurança e pessoal necessários (CONFEDRAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL, A Fraternidade e os encarcerados, parág. 55).

⁸¹ HUMAN RIGHTS WATCH. Op. cit. P.26.

Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), ressalta que é responsável apenas pela compilação desse material enviado ”⁸²

Em decorrência da falta de vagas, e conseqüente superpopulação carcerária, constata-se o cumprimento das penas em Delegacias de polícia. Talvez este seja o maior problema macroestrutural do sistema carcerário brasileiro .

Apenas dois Estados brasileiros não se utilizam de delegacias de polícia para manutenção de presos condenados: Amapá e Rio grande do Sul. Este fato levou o Ministério da Justiça a afirmar que o Rio Grande do Sul “*possui o melhor sistema prisional do país, podendo ser considerado como modelo para outras unidades da Federação (...)*”⁸³

Para a CCDH/AL, a afirmação de o Rio Grande do Sul não possui presos em delegacias “*parece legitimar a idéia – por tudo falsa - de que , aqui, estariam sendo tomadas as medidas mais acertadas no que se refere ao encarceramento e ao cumprimento das penas. A imagem de uma situação sob controle, somada à criação de fatos políticos como quando da divulgação de grandes projetos e de operações cinematográficas para o deslocamento de presos, termina por encobrir a realidade de um drama que permanece desconhecido*”⁸⁴. Pode-se ainda observar que o Rio Grande do Sul não só não possui o melhor sistema prisional do país como indica o mais perverso modelo de controle de execução de pena: o formalmente militarizado.

A falta de veracidade da assertiva do Ministério da Justiça quanto ao indicar o sistema carcerário gaúcho como o melhor do país e indicá-lo como exemplo para outros Estados, fica evidente através de comentário feito pelos pesquisadores da HUMAN RIGHTS WATCH/Américas:

“As carceragens nas delegacias de polícia que a Human Rights Watch visitou eram extremamente superlotadas,

⁸² COMISSÃO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS (AL/RS) . Relatório Azul ; garantia e violações dos Direitos Humanos no RS (1997), p. 378.

⁸³ COMISSÃO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS (AL/RS) .op. cit., p. 343.

⁸⁴ Ib. ibdem., p.343.

mas ao menos, a infra-estrutura da maioria delas estava em boas condições. Alguns presídios, quase tão lotados quanto as delegacias, também são decadentes em termos de estrutura física pelo uso contínuo e nenhum reparo. O mais dramático estabelecimento que visitamos, combinando superlotação e uma péssima infra-estrutura, foi o presídio Central de Porto Alegre. Com uma capacidade oficial de 600 vagas, o presídio mantinha 1803 presos no dia em que visitamos e até 2040 durante o ano anterior”⁸⁵.

Esse problema da superlotação carcerária brasileira chegou ao nível de o ex- Secretário de segurança Nacional do Rio de Janeiro, o coronel Noaldo Alves, a sugerir, em maio de 98, a criação de ‘presídios flutuantes’ em navios desativados na baías de Guanabara. A instrumentalização da idéia seria de transferir os 7.600 presos já condenados que permaneciam, na época, irregulares, para os ‘navios presídio’, diminuindo a superlotação das delegacias do Rio de Janeiro ⁸⁶

Com lotação, quatro vezes superior a sua capacidade, constatam os pesquisadores da ONG que *“em cada cela, além dos presos espremidos no chão, encontramos de cinco a sete presos pendurados em cordas. Mesmo nos minúsculos banheiros, havia de dois a três em cada cela que lá dormiam”⁸⁷*

“Muitos estabelecimentos penais, bem como muitas celas, e dormitórios têm de duas a cinco vezes mais ocupação do que a capacidade prevista pelos projetos. Em alguns estabelecimentos, a superlotação atingiu níveis desumanos, com presos amontoados em grupos. Os pesquisadores da HRW puderam observar cenas de presos amarrados a janelas para aliviar a demanda por espaço no chão e presos forçados a dormir sobre buracos que funcionam como sanitário. Esta superlotação gera

⁸⁵ HUMAN RIGHTS WATCH . op. Cit. , p.54.

⁸⁶ MICHELOTTI, Gabriela. Rio seleciona navios para abrigar presos. P. 3/09

⁸⁷ HUMAN RIGHTS WATCH . op. Cit., p.53

sujeira, odores fétidos, ratos inseto, agravando a tensão entre os presos”⁸⁸

Outros casos são descritos pela Anistia Internacional, sobre unidades de cumprimento de pena no Estado do Espírito Santo : *“Na carceragem de Cariacica, no ES, havia 92 homens apinhados em uma única área de detenção com apenas dois banheiros e 16 beliches. Os outros dormiam no pátio sem cobertura contra a chuva. (...) o espaço no chão não é suficiente nem para permitir que todos se deitem, os internos recorrem a diversos métodos engenhosos, ...”*⁸⁹

Os dados analisados demonstram que, além do problema da ocupação do espaço, o fornecimento do material básico para manutenção e conservação da vida do preso é realizado pelas famílias. Colchões, roupas de cama, vestimenta, material de higiene, entre outros produtos estabelecidos estabelecidos pela LEP como dever de assistência material do Estado, somente são usufruídos pelo condenado se este possuir vínculos externos ou condições financeiras de supri-los. O contrário acontece com os presos carentes ou abandonados pela família, há total indisponibilidade, vivendo em condições subumanas, de higiene e alimentação.

A responsabilidade do Estado, esta presente na obrigatoriedade que ele tem de suprir tais condições, em decorrência do fato de que *“privado de liberdade, o preso não pode gerenciar sua própria vida, nem ao menos providenciar o necessário para a sobrevivência”*⁹⁰

⁸⁸ Ib. ibdem., p.53

⁸⁹ ANISTIA INTERNACIONAL. Aqui ninguém dorme sossegado: violações dos direitos humanos contra detentos, p. 26

⁹⁰ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. Op. Cit. parág 62.

3. As condições insalubres : a falta de assistência médica e a ausência de condições mínimas de saúde e de higiene

O que mais chama a atenção é o fato das péssimas condições de salubridade dos estabelecimentos penitenciários. A sobreposição de pessoas, aliada à sobreposição de construção de novas celas e unidades, tem como consequência a minimização do contato do preso com a luz natural, há uma considerável redução da ventilação do ambiente e as radicais mudanças de temperatura no interior da cela.

A atual área de isolamento da casa de Detenção de São Paulo (pavilhão 04), antigo local de castigo disciplinar, reflete muito bem essas condições. Este local, que, apesar de planejado para abrigar uma pessoa, chega a abrigar de oito a onze, não existe qualquer tipo de iluminação, sequer a artificial. O mesmo acontece no quinto andar do pavilhão cinco da mesma instituição, área reservada a manutenção de presos, que por razões de segurança, necessitam ser transferidos, o local não apresenta as condições mínimas de sobrevivência, tanto que os presos ali alojados são chamados de amarelos. Tal classificação se concretiza devido ao fato deles tomarem qualquer tipo de luz solar, adquirindo então uma tonalidade amarela⁹¹.

Não é necessário reiterar que as condições de espaço e higiene das celas brasileiras são subumanas, configurando verdadeiros depósitos de pessoas.

A lacuna existente entre as normas e as tratativas nacionais e internacionais referentes às condições do cárcere e a realidade nacionais⁹² e internacionais⁹³ referentes às condições de permanência no cárcere e a realidade

⁹¹ REARDON, Francisco. Op. Cit., p.24.

⁹² As regras estabelecidas pelo Ministério da Justiça para o tratamento do preso no Brasil afirmam: art. 8º “Salvo razões especiais, os presos deverão ser alojados nessas. Parag. 1º Quando da utilização de dormitórios coletivos, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados e reconhecidos como aptos para serem alojados nessas condições; parag. 2º O preso disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regulamente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto”; art 9º “Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene , de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação”.

⁹³ As regras mínimas da ONU para tratamento de reclusos determinam: no 9.1. “as celas destinadas ao isolamento noturno não deverão ser ocupadas mais que por um só recluso. Se por

nacional tornou a questão penitenciária um dos principais problemas de violações de direitos humanos do mundo.

A assistência à saúde do preso e do internado compreenderá, de acordo com o disposto no art. 14, *caput*, da LEP, atendimento médico, farmacêutico e odontológico. No caso de o estabelecimento penal não possuir condições para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento (art. 14, parag. 2º, LEP)

A obrigatoriedade de prestação de serviços de saúde, assim como os deveres do Estado em suprir materialmente as necessidades básicas dos presos, é inexistente, de forma evidente na grande maioria dos estabelecimentos carcerários brasileiros.

Naturalmente, o ambiente carcerário estimula a proliferação de doenças infecto-contagiosas, o que deveria resultar num zelo administrativo redobrado em relação aos indivíduos que se encontram em condições de vida normal.

Entre as doenças que mais se proliferam no ambiente carcerário encontramos a tuberculose, que havia sido controlada, devido às péssimas condições sanitárias atingiu alto grau de epidemia na população carcerária. De acordo com a Anistia Internacional, é em decorrência das deficientes condições de salubridade da maioria das penitenciárias e cadeias que ocorre a propagação de doenças como a tuberculose. Outra grave situação é a de encarcerados portadores do vírus HIV. Vem crescendo maciçamente o número de presos portadores do vírus”, bem como o número de óbitos resultante da doença. “É como se contemplássemos passivamente a morte de dezenas de pessoas”⁹⁴, condena o ex - desembargador e ex - juiz da Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre Marco Antonio Bandeira Scapini.

razões especiais, tais como o excesso temporal da população carcerária, resultar indispensável que a administração penitenciária central faça exceções a esta regra, se deverá evitar que se alojem dois reclusos em cada cela ou quarto individual”...

⁹⁴ ARAÚJO, Diego. AIDS condena encarcerados à morte, p. 42.

4. Integridade física e moral : A violação aos direitos dos apenados e familiares por parte de agentes penitenciários

Diante das diversas situações constrangedoras, limitadoras e até aterrorizantes, consequências do sistema carcerário nacional, o contato dos presos com os familiares é imprescindível, não somente pela importância de manutenção das relações afetivas para conservação da saúde mental mas, sobretudo, porque invariavelmente são os familiares e amigos que prestam o serviço de manutenção material do encarcerado. O que fica claro segundo informações da HRW/Americas, “em muitos casos, fica ao encargo da família fornecer as roupas, a roupa de cama, os remédios os produtos de higiene do detento, entre outras coisas”⁹⁵

A legislação permite diversas formas do preso com o mundo, podendo ser através de leitura, correspondência escrita, e qualquer outro meio de informação que não comprometa a moral e os bons costumes. O direito de manter vínculos exteriores se amplia consideravelmente pelo direito de receber visitas do cônjuge, de companheiro, de parente e amigos em dias determinados pela administração.

A política de visitação e contato com o mundo exterior, assim como os demais direitos do preso, ficam limitados aos requisitos de segurança e disciplina. Sendo estabelecidas sanções administrativo-disciplinares de restrição de uso de aparelhos eletrônicos que viabilizam tal contato. Mas sob o pressuposto da segurança, se justificam as ações como a violação da correspondência do encarcerado e a violação da integridade física e dos familiares dos presos, como por exemplo, o tratamento humilhante para acesso de terceiros nos dias de visita através da "revista íntima"⁹⁶.

⁹⁵ HUMAN RIGHTS WATCH. Op. Cit., p. 118.

⁹⁶ Em relação a ‘visita íntima’ já existe jurisprudência contra, sob alegação de que “*não existe legislação típica para regulamentar a matéria. Afronta aos Princípios fundamentais da Constituição Federal com a submissão dos visitantes a constrangimentos... estão em*

O mesmo problema foi constatado pela pastoral Carcerária “*nem sempre há tratamento respeitoso aos familiares dos presos. As autoridades suspeitam de quem visita os presos, efetuando uma revista corporal muitas vezes humilhante e vexatória, especialmente para as mulheres. Subliminarmente atua a idéia de que as pessoas que visitam os preso ‘são gente que não presta’*”⁹⁷

Outro problema muito preocupante, que se encontra aliado ao problema da violação da integridade física e moral dos visitantes, é a violação da integridade física do próprio preso, através de tortura, situação que se tornou crônica nas instituições penais brasileiras. Além de utilizada constantemente para forçar o “meio de prova” durante os primeiros contatos do indiciado, a tortura é igualmente utilizada como forma de punição, individual ou coletiva.

“A Anistia Internacional recebeu numeroso informes de casos em que agentes penitenciários e policiais civis e militares submeteram detentos, em massa, a espancamentos brutais, torturas e maus tratos por faltas disciplinares reais ou supostas, tais como ocultamento de facas ou contrabando, tentativas de fuga. Policiais e agentes penitenciário fazendo justiça elas próprias mãos, aplicam formas coletivas e ilegais de ‘punição’ geralmente despindo, espancando e humilhando os internos, destruindo ou contaminado sua comida, negando-lhes acesso a assistência médica e suspendendo ou limitando as visitas. Todas essas formas de punição são ilegais e infringem os padrões internacionais”⁹⁸

descompasso com os Direitos Fundamentais do cidadão... Sentença reafirmada pelo Tribunal de Justiça Do Rio Grande do Sul.

⁹⁷ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE BISPOS DO BRASIL. Op. Cit., parag. 105

⁹⁸ ANISTIA INTERNACIONAL. Op. Cit., p.22/23.

Segundo a Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, essa situação parece se intensificar, assustadoramente, nas unidades carcerárias brasileiras onde houve a chamada “militarização”, como nos Estados do Ceará, Rio Grande do Norte e Rio grande do Sul, que evidentemente têm potencializados esses abusos, pois à arquitetura cerrada do cárcere é acrescida a estrutura inviolável e corporativa da ideologia militarizada⁹⁹.

Manchete do Jornal o Estado de São Paulo:

“ONU denuncia situação de presos no Brasil”

O anúncio foi feito em 15 de Outubro de 2002, em Genebra, pelo relator Jean Ziegler., segundo ele nas delegacias paulistas cerca de 11 mil presos passam fome, são torturados e estão em locais sem higiene. Os relatores da ONU para a tortura e alimentação apresentaram denúncia contra o governo brasileiro por violar direitos fundamentais dos presos nas delegacias, especialmente no Estado de São Paulo.

“As condições nas prisões representam violações aos direitos humanos e à integridade”, segundo Ziegler, a decisão de denunciar o país foi tomada após uma visita que fez ao Brasil, em março. Ainda relata, “Temos mantido bom contato com o governo brasileiro para debater o tema”. Segundo ele o secretário nacional de Direitos Humanos, Paulo Sérgio Pinheiro, já se reuniu com representantes da ONU, sobre o tema. Conforme Ziegler, o documento não pode ser divulgado antes do desfecho das negociações, mas deverá ser levado em março à Assembléia Geral da ONU, em Nova York.

A denúncia é dirigida especialmente ao governo de São Paulo, além do Brasil forma tomadas iniciativas contra a Birmânia e Israel.

O governo paulista rejeitou, por meio de nota, as críticas da ONU. Segundo o secretário de comunicação, Luiz Salgado Ribeiro, a afirmação é genérica e distorcida, Não houve, em oito anos, por parte dos presos, suas famílias, advogados ou entidades de defesa dos direitos humanos, qualquer reclamação a respeito de falta de

⁹⁹ COMISSÃO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS. Op. Cit., p.89

alimentos para os detidos nas delegacias . Sobre os maus tratos ele disse que, se ocorrem, há apuração rigorosa. Foram desativadas as carceragens de 72 distritos no estado, além do presídio do hipódromo e a cadeia do Depatri e a Casa de Detenção”.

Outra notícia do mesmo jornal:

“Em cubículos superlotados, detentos matam pelo poder

“Os seis mil presos custodiados pela Polícia Civil do Rio de Janeiro, têm 35 centímetros quadrados de espaço nas celas, cada um. Em algumas carceragens os cubículos ficam abertos para aumentar a circulação de ar, segundo o Diretor da divisão de capturas da Polícia Interestadual (POLINTER), delegado Luiz Antonio Buzinaro. É o caso da Polinter de Ricardo de Albuquerque, que tem capacidade para 280 homens e abriga 900. Ali, três presos foram assassinados na noite de 14 de outubro de 2002, numa briga pelo poder na prisão.

“A legislação prevê que cada preso tenha seis metros quadrados de espaço. É uma lei utópica e eu acho até demais. Uma casa popular vendida a um trabalhador tem 15 metros quadrados para quinze pessoas” disse o delegado. Mas a situação na POLINTER está insuportável”

Buzinaro referia-se ao episódio do dia 14, quando os presos Jefferson Rodrigues Oliveira, Fernando Antonio Caetano Barreira e Osvaldo Henrique Gomes foram mortos a golpes de canos e até a motor de ventilador. “Eles tentaram botar fogo nos corpos para provocar uma fuga”.

O secretário de estado de Justiça, Paulo Saboya, reconhece que a situação das carceragens é grotesca, mas disse que “não pode despir um santo para vestir outro”. “Não podemos fragilizar ainda mais o sistema penitenciário com superlotação”, afirmou

O vice-presidente da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, Wanderley Rebello, defende a libertação de autores de crimes considerados leves, como estelionato e furto, para

abrir novas vagas nos presídios. “Temos processos na Ordem sobre a situação das carceragens. A verdade é que o preso é mercadoria de pouco valor. Eles não votam”.¹⁰⁰

O grave problema das torturas nos estabelecimentos penitenciários é decorrente do padrão de aceitação como normalidade pela Administração e, não raramente pelo próprio Poder Judiciário.

5.A Reforma Penitenciária

Há uma grande necessidade de reforma dos métodos penitenciários de ressocialização do interno, compreendendo em uma nova política criminal do direito penal humanitário e de defesa social. Os métodos de tratamento repressivo aos condenados têm revelado, ao longo dos anos, os males causados aos sentenciados e à própria comunidade social.

Cabe ressaltar Marc Ancel, quando se referiu à reforma penitenciária, tendo em vista o tratamento do delinqüente:

“O essencial é, queira ou não, a nova e singularmente dinâmica noção de tratamento ao delinqüente. Esta noção é rica em conteúdo humano e de justiça social, e compreendemos facilmente como ele irrita os retardatários ou os maníacos da repressão. Ela oferece de fato perspectivas de redenção àqueles que alguns gostariam ainda de enclausurar no estabelecimento carcerário dos miserables ou nesse inferno dantesco que retira toda a esperança ao que ultrapassa os limites da tolerância. A política penitenciária de tratamento é. Portanto, também, um engajamento deliberado dos penólogos preocupados em dar novamente ao delinqüente condenado uma

¹⁰⁰ Notícia publicada no Jornal O Estado de São Paulo, na data de 16 de Outubro de 2002. P. C3

oportunidade de se tornar um cidadão livre. Essa política criminal se baseia no repúdio ao sistema repressivo que se contenta em impor ao condenado um sofrimento e, mais ainda, pretendia adaptá-lo à vida social isolando-o de seus semelhantes”¹⁰¹.

Ao serem estabelecidas as novas bases de uma reforma penitenciária, deve ser assegurado ao apenado, a sua preparação para retornar ao mundo livre, possibilitando dessa forma a sua readaptação e reinserção na vida em sociedade.

A pena criminal não pode mais ser vista como um símbolo psicológico de satisfação da opinião pública, mas sim uma forma de recuperação social do homem que transgrediu as normas convencionais.

Os métodos dos estabelecimentos carcerários tradicionais, de execução da pena privativa de liberdade, devem passar por uma total remodelação afastando-se definitivamente de modelos repressivos e aviltantes, que dominam a pessoa do condenado, através do castigo e do sofrimento. Deve haver uma **valorização humana do preso**.

Essa forma terapêutica penal tem sido utilizada, de forma experimental, e com indiscutível sucesso em alguns estabelecimentos penais-administrados pela “Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC- entidade civil, fundada em 1978, na cidade de São José dos Campos, estado de São Paulo, Brasil, cujo trabalho de ressocialização dos internos é realizado por intermédio de um quadro de funcionários voluntários.

A vinculação dos laços familiares do apenado, no método de desenvolvido nos estabelecimentos administrados pela Associação, mantendo organizada a família, é fator básico para a reeducação e reforma social.

As instituições de execução das penas privativas de liberdade de longa duração, devem ser reservadas para condenados que apresentam periculosidade e necessitam de tratamento ressocializante.

¹⁰¹ ANCEL, Marc, ob. Cit. P. 350/351

As medidas alternativas às penas privativas de liberdade, cominadas aos crimes de menor potencial ofensivo, são a promessa de um progresso resultante do direito penal humanitário. Essa reorganização exige, evidentemente, reflexões no sentido de encontrar soluções e instrumentos processuais de despenalização, permitindo que a distribuição da Justiça torne-se mais eficiente na reprovação de crimes de maior potencial ofensivo.

Novos métodos de terapêutica penal, valorizando a condição e a dignidade humana do condenado que cumpre pena em instituição total, evitando-se métodos oficiais que impõem a “prisionização” e os demais malefícios inerentes ao isolamento do preso do mundo exterior. Devendo prepará-lo para a liberdade, sendo dessa forma atingidos os objetivos da defesa social.

Para atingir bom nível de desempenho, desenvolvimentos, demanda atividades diversificadas, ora de caráter analítico, ora de caráter sintético. Realizar pesquisa, com investigação de campo, usadas as técnicas pertinentes, empregar em larga escala a estatística; formular questionários; colher entrevistas; proceder às projeções dos números apurados através de meio aleatório; interpretar os elementos coletados na pesquisa por amostragem.

É necessário ter contato com a realidade fática, em toda a sua crueza, para submeter o resultado a um trabalho de superação, de forma a gerar os referenciais teóricos correspondentes. Empregar um método marcadamente dialético, em que se caminha do concreto para o abstrato e deste retorna para o concreto, num vai vem quase incessantemente, em que as fases servem de *feedback* uma para a outra.

Disponer-se-ia de elementos propiciadores de um diagnóstico confiável, no que tange ao grau de eficiência do trabalho desenvolvido sobre os infratores, em termos de emenda.

Segundo Augusto Thompson:

“A penitenciária fechada, de média ou de máxima segurança, não exerce nem pode exercer uma influência regeneradora sobre o criminoso, com vistas a transformá-lo

num não-criminoso. Na melhor das hipóteses, obtém ser neutra, quanto a esse aspecto, havendo fortes indícios, porém, de que, em geral, resulta nociva.

Em face da superpopulação prisional, que aflige o país, dificilmente poder-se-á contar com disponibilidade de recursos para dota-lo de um sistema penitenciário capaz de absorver toda a demanda existente, ainda que considerássemos que cubículos individuais e oportunidades de trabalho representassem os requisitos satisfatórios para transformar a prisão em agência terapêutica. No caso de ser reclamada a ampliação das exigências referentes ao último ponto, opinião pacífica mesmo entre entusiastas da ressocialização penitenciária, a dificuldade aumentaria de tal forma, que se transmudaria em inviabilidade”¹⁰².

Estas idéias limitam-se de uma forma bastante genérica, com o escopo de suscitar uma análise com rigor científico, mas com o intuito de atentar a sociedade das barbáries que acontecem “embaixo do nariz” das autoridades, que ali estão para defender os direitos de todos os cidadãos, fazer cumprir a carta magna, que a Constituição seja respeitada, mas muitos membros da sociedade vivem a margem do esquecimento e da ignorância por parte de todos.

A simbiose inquisitiva entre a natureza administrativa e a jurisdicional da execução penal encontra aqui outro instrumento impulsionador, cujo caráter violador das garantias fundamentais será potencializado por outra sintonia encontrada no doentio plano punitivo: as relações de poder forjadas pela disciplina e segurança.

A otimização dos modelos de tolerância e respeito ao cidadão (seguridade cidadã) é atingida no momento do reconhecimento dos direitos e garantias individuais enquanto bens inalienáveis e indisponíveis, cuja satisfação corresponde a uma norma máxima do Estado de Direito independentemente das

¹⁰² THOMPSON, Augusto . ob. Cit. p.110/111.

restrições temporárias impostas pela prática delitiva. Segurança é, fundamentalmente, a dos direitos contra a irracionalidade dos poderes coletivos, sejam privados ou sejam públicos.

O Estado, ao manejar o *jus puniendi* em benefício da restauração da paz social, atue de modo a não se distanciar das balizas impostas pela condição humana do acusado da prática de crime.

São eles infratores?, são... são violadores da lei?, são... mas como eles irão se conscientizar de seus erros, se nem os seus direitos fundamentais, as suas garantias *constitucionais*, a sua dignidade como homem são respeitadas.

Faz parte do Direito e consequentemente dos juristas fazer com que a sociedade e principalmente os representantes do povo se lembrem , respeitem e façam com que os seus direitos sejam cumpridos, por mais abjeta e reprochável que tenha sido a ação delituosa, não há como se justificar que seu autor seja privado de tratamento digno.

VI - CONCLUSÃO

1. A preocupação com a proteção da pessoa humana, bem como a manutenção da sua integridade, remonta de muitos e muitos séculos, estando presente na própria natureza humana, mas foi desde a Revolução Francesa, que a positivação dos direitos fundamentais ganhou um caráter de concreção maior, havendo um considerável progresso da asserção dos valores fundamentais da pessoa humana (mesmo que, ainda, com cunho individualista).

2. Os direitos fundamentais se encontram classificados de diversas formas, entre elas a divisão em gerações: os direitos de *primeira geração* são do direitos civis e políticos; na *segunda geração* estão os direitos econômicos, sociais e culturais, com o valor igualdade; na *terceira geração* estão os direitos dos povos ou direitos coletivos; num quarto degrau evolutivo, denominado pela doutrina de *quarta geração* de direitos fundamentais, encontram-se o direito à democracia, à informação e ao pluralismo resultado da globalização dos direitos fundamentais

3. A denominação “gerações é criticada por parte dos juristas por deixar transparecer uma idéia de que há uma substituição gradativa de uma geração pela outra, na escala evolutiva dos direitos fundamentais, na verdade, há o reconhecimento do caráter progressivo dos novos direitos, mas de forma cumulativa, de complementaridade e não de alternância, o que faz com que muitos prefiram a denominação “dimensões”.

4. Pode-se conceituar direitos humanos como direitos inerentes à pessoa humana, que visam resguardar a sua integridade física e psicológica perante seus semelhantes e perante o Estado em geral.

5. As expressões direitos fundamentais e direitos humanos são constantemente utilizadas como sinônimos, mas através de sua origem e significado é possível fazer a distinção, os *direitos humanos* arracariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal , são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão

jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta , ou seja, são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente, além do que muitos direitos fundamentais são direitos de personalidade.

6. Os direitos fundamentais apresentam sua eficácia primeiramente na intenção de proteção contra perigos e dificuldades na sua aplicação, sendo obrigação vinculante para todos que possam colocar os direitos fundamentais em perigo ou perturba-los. Em todas as partes do mundo, nos textos constitucionais a dignidade humana é enfatizada A sua proteção deve estar além da cidadania e deve postular uma visão universalista da atribuição dos direitos.

7. No Brasil, em face na nova concepção acerca dos direitos fundamentais, foi também incorporada às Constituições Brasileiras, sendo a 1988 a mais abrangente de todas as anteriores de modo que dentro do Direito Constitucional Positivo a Constituição elenca os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, além de de consagrar os "direitos e deveres individuais e coletivos", abre um capítulo para definir os DIREITOS SOCIAIS.

8. Os “direitos fundamentais sociais” dispõem certas garantias constitucionais como as ligadas ao exercício da medida de liberdade, mas o exercício da mesma deve ser regulado, o que pode significar limitações impostas pelo bem da comunidade, o legislador deve, porém, escolher a forma de intervenção que menos limite esse direito fundamental, pois **a sobrevivência é dever do Estado.**

9. O legislador, no desempenho de suas funções, sempre se preocupou em fixar limites às condutas individuais, com direcionamento à proteção de uma sociedade organizada, inspirada pela idéia do coletivo, que compreende todos os indivíduos, sem exceção de qualquer gênero ou espécie, estruturou-se no sentido de editar regras disciplinadoras de sua vida, visando ao fortalecimento do convívio. Sempre que o Estado interferir na vida social, buscando o disciplinamento, deverá fazê-lo de molde a preservar, com a lei, a conformidade desta com seu verdadeiro finalismo, isto é, não poderá ser nem insuficiente nem excessivo em sua tarefa punitiva, concretamente. Deve-se impedir que a atividade

punitiva do Estado, manifestada sob o interesse de velar pela segurança da coletividade, resulte como justificativa à depreciação do indivíduo.

10. Punição e tratamento deveriam ser vistos como os extremos de uma série contínua, com variações intermediárias, as diversas partes a se imbricarem harmoniosamente. Infelizmente em grande parte das penitenciárias rege-se que o tratamento deve ser de forma a tornar-se eficaz, na realidade o que se deve enfatizar é o alvo da recuperação, e na prática não se permite que este seja obtido à custa dos objetivos punição e intimidação.

11. A pena não deve ser vista como meio de extinção, mas apenas um dos instrumentos de controle da criminalidade, apto a mantê-la em limites toleráveis, que permitam o normal desenvolvimento das relações sociais e das atividades do Estado. O respeito à integridade física não se deve compreender apenas a proibição de agressões contra os presos, mas também o direito desses receberem assistência médica, hospitalar e odontológica e tudo o mais que seja necessário para que sua condição de preso não afete a sua garantia de acesso à saúde. Assim como, a integridade moral não constitui apenas a vedação de humilhações ao preso, lhe deve ser proporcionado de possuir um mínimo de privacidade e intimidade, de conviver com a família, mesmo que com a pena privativa de liberdade.

12. As reivindicações da massa carcerária são totalmente sufocadas e ignoradas pelas autoridades administrativas e judiciárias, sob a alegação de necessidade de uma “manutenção da ordem”, representadas pela disciplina e pela segurança. Surge a necessidade de se jurisdicionalizar ao máximo a execução da pena, remetendo à pessoa condenada direitos fundamentais. A Constituição, como instrumento de reconhecimento de garantias e direitos individuais, sociais e difusos, possibilita o verdadeiro redimensionamento nos assuntos referentes à execução penal.

13. Apesar de haver o reconhecimento constitucional dos direitos dos presos, a sua estrutura processual inviabiliza sua plenitude. No plano fenomenológico há constante desrespeito aos direitos e ao acesso à jurisdição,

também no plano normativo encontramos concepções violadoras da dignidade do condenado.

14. Falta de condições materiais, assistência médica, e despreparo dos agentes dos estabelecimentos carcerários. Destaca-se, oficialmente, como fator imediato, responsável pela babárie do sistema penitenciário nacional, a superlotação carcerária, a partir dela são desenvolvidos todas as outras violações, oficialmente como fator imediato, responsável pela babárie do sistema penitenciário nacional, a superlotação carcerária, estabelecimentos com lotação, quatro vezes superior a sua capacidade, de acordo com as recentes pesquisas da ONU. O sistema carcerário brasileiro está entre um dos dez maiores do mundo, tendo seu índice de encarceramento em aproximadamente 110 presos para cada 100.000 pessoas.

15. O fornecimento do material básico para manutenção e conservação da vida do preso é realizado pelas famílias. Colchões, roupas de cama, vestimenta, material de higiene, entre outros produtos que deveriam ser fornecidos pelo Estado, são providenciados, pelas famílias, sendo assim, aqueles que não possuem qualquer vínculo com o mundo externo não usufruem, sequer, de condições mínimas.

16. Outro fator que chama a atenção são as péssimas condições insalubres dos estabelecimentos, há uma minimização do contato dos presos com a luz solar, uma considerável redução de ventilação e as bruscas variações de temperatura ocorridas no interior das celas, apresentando condições subumanas. O ambiente acaba sendo estímulante da proliferação de doenças infecto-contagiosas. A prestação de serviços de saúde, outra obrigação do Estado, é praticamente inexistente na grande maioria dos estabelecimentos penitenciários.

17. A política de visitação e contato com o mundo exterior, assim como os demais direitos do preso, ficam limitados aos requisitos de segurança e disciplina. Situações constrangedoras, limitadoras e até aterrorizantes são provocadas no interior dos estabelecimentos, por conta da necessidade de “segurança” que, segundo as administrações, justifica a violação da correspondência do encarcerado e a violação da integridade física e dos familiares

dos presos, como por exemplo, o tratamento humilhante para acesso de terceiros nos dias de visita através da "revista íntima".

18. A questão penitenciária tornou-se um dos principais problemas de violações de direitos humanos do mundo. Diante dessas violações, a humanidade não pode permitir que as conquistas passadas se tornem em vão. É preciso continuar a busca pelos direitos. É preciso ter sempre em mente, a necessidade humana aos direitos.

19. Novas bases devem ser estabelecidas através de uma reforma penitenciária, devendo ser assegurado ao apenado, a sua preparação para retornar ao mundo livre, possibilitando dessa forma a sua readaptação e reinserção na vida em sociedade. Os métodos dos estabelecimentos carcerários tradicionais, devem passar por uma total remodelação afastando-se definitivamente de modelos repressivos e aviltantes, que dominam a pessoa do condenado, através do castigo e do sofrimento. Deve haver uma **valorização humana do preso**.

VII – BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. Teoria de los derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997
- ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Sérgio Antônio Fabris Editor.
- BARROSO, Luis roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 3ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1996
- BENDA, Ernesto *et alii*. *Manual de derecho constitucional*, Madri: Marcial Pons, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRUNO, Anibal. Direito Penal, parte geral, 2ª ed. Tomo III, Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- _____. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Curso de Direito Constitucional, 21 ed., São Paulo: Saraiva, 2000
- COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos Direitos Humanos. Estudos Avançados. São Paulo., n. 2, 1997. Coleção Documentos
- CUNHA, J. S. Fagundes – Juiz de Direito do Paraná e Professor da Universidade Estadual de Ponta Grossa e da Escola Superior de Magistratura do Paraná, Mestre em Direito pela PUC/SP e doutorando pela UFPR, em artigo publicado no site www.jus.com.br.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

- HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de Direitos Humanos – Gênese dos Direitos Humanos*. Volume 1. São Paulo : Ed. Acadêmica, 1994.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* , 6ª Ed. ., Petrópolis : Vozes, 1987
- FOUCAULT, Michel. *Sobre a prisão*, Petrópolis : Vozes, 1988
- FRAGOSO, Heleno Claudio CATÃO, Yolanda SÜSSEKIND, Elisabeth. *O Direito dos Presos.*, Rio de Janeiro: Editora Forense; 1980
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade, in Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997,
- MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos dos Presos.*. Rio de Janeiro: Editora Forense; 1998
- MORAIS, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. Coleção Temas Jurídicos – Vol. 3. São Paulo : Ed. Atlas, 1998. 2ª Edição.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte geral*, Tomo I, Madrid: Civitas, 1997
- SANTORO FILHO, Antonio Carlos . *Bases críticas do direito criminal*. São Paulo: Editora de direito, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 1998.
- THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1980
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. & PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997